Die entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften auf die entgeltliche Veräußerung von Werten, die weder Sachen noch Rechte sind.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Rudolf Altmann

Rechtsanwalt aus Liegnitz

Marburg 1935

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg (Lahn)

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 14. August 1934.
Berichterstatter: Prof. Dr. Erich Jung

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Verzeichnis des Schrifttums.

Adler, Emanuel: Das Erfinderrecht nach österreichischem und deutschem Recht, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 65 (1909), Seite 200 ff.

Adler, Karl: Der Übergang der Gefahr beim Handelskauf in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 72 (1912), Seite 388 ff.

„ Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrecht, in Archiv für die zivilistische Praxis, Band 109, Seite 321 ff.

Apt, Bruno: Droschkennummern im Rechtsverkehr, in Juristische Wochenschrift 1912, Seite 271 ff.

Baum, Georg: Die Anwaltspraxis als wirtschaftlicher Wert, in Anreg. aus der Praxis des Arbeitsamtes der deutschen Rechtsanwaltschaft, Berlin 1932.

Bechstein Hans: Die Gewährleistung beim Verkauf eines Handelsgewerbes, Dissertation Göttingen 1908.

Berolzheimer, Richard: Haftung des Verkäufers für Mindermaß (-Stückzahl, -Gewicht) beim Kauf in Bausch und Bogen, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 63 (1919), Seite 456 ff.

Binder, J.: Vermögensrecht und Gegenstand, in Archiv für Bürgerliches Recht, Band 34 (1910), Seite 209 ff.

Blaß, Hermann: Das Rechtsgut der Elektrizität im Zivil- und Strafrecht, Dissertation Zürich, 1898.

v. Blume, W.: Zur Lehre vom Kauf, in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band 40 (1898), Seite 31 ff.

Braun, Eduard: Finden die Grundsätze des Kaufs auf die emtio spei Anwendung? Dissertation Erlangen 1896.

Budde, E.: Energie und Recht, Berlin 1902.

Canaris, Constantin: Der Elektrizitätslieferungsvertrag, Dissertation Köln 1932.

Capelle, Franz: Der Verkauf der Praxis, Dissertation Heidelberg, 1911.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1, 8. Auflage, 1927.

Crome, Carl: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II,1, 1902.

Danziger, Wilhelm: Der „Bestandteil" nach Bürgerlichem Recht, Diss. Breslau 1924.

Dernburg, Heinrich: Das Bürgerliche Recht, Band II,2, 4. Auflage, 1915.

Domke, Martin: Die Veräußerung von Handelsgeschäften in Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof. E. Heymann, Berlin, 1922.

Düringer: Die kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche in Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht, Band I (1907), Sp. 131/32.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd, V.1, 3. Auflage, 1932.

Endemann, Friedrich: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, 9. Auflage 1903.
" Die Lehre von der emtio rei speratae und emtio spei und deren Bedeutung für das heutige Recht, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Band 12 (1885), Seite 345 ff.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Allg. Teil, 13. Bearb. von H. C. Nipperdey, 1931; Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearb. von Heinrich Lehmann, 1932; Band III, Sachenrecht, 9. Bearb. von Martin Wolff, 1932.

Friedlaender, Adolf und Max: Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung, 3. Auflage, 1930.

Fromme: Die entgeltliche Übertragung der ärztlichen Praxis, welches Rechtsgeschäft? in Berliner Klinik, Heft 215, Berlin 1906.

Georgi, Walter: Der Kauf in Bausch und Bogen, Dissertation Greifswald, 1920.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Band II, Sachenrecht 1928; Band III, Schuldrecht, 1917, in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Band II,3,2 und II,3,3.

Graßhoff, Wilhelm: Die Elektrizität und ihre Stellung im Sachgüterrecht des Zivilrechts, Dissertation Greifswald 1908.

Gruchot, J. A.: Beiträge zur Lehre vom Kauf in Pausch und Bogen, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band III (1860) S. 471 ff.

Hirsch, Hans Christoph: Die Übertragung der Rechtsausübung, Teil I, Berlin 1910.

Hopmann, Georg: Verzug des Käufers eines Erwerbsgeschäfts mit der Übernahme des Geschäfts in Juristische Wochenschrift 1914, S. 341 ff.

Hueck, Alfred: Unkörperliche Geschäftswerte, Dissertation Münster 1914.

Isay, Hermann: Kommentar zum Patentgesetz und Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern, Berlin 1932.

Jaeger, E.: Verträge auf Lieferung von Wasser, Gas und Elektrizität aus städtischen Werken, in Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. VI (1912), Spalte 286 ff.

Jung, Erich: Bürgerliches Recht, 1931 in „Das gesamte deutsche Recht" Band I, herausgegeben von Rudolf Stammler.
" Erörterungen zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Band 69 (alte Folge), Seite 30 ff.

Kleckow, Wolfram: Die entgeltliche Veräußerung ungeschützter materieller wirtschaftlicher Güter, Dissertation, Breslau 1910.

Kohler, J.: Bürgerliches Recht, 7. Auflage, 1914, Band II der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler.

Korsch, Gustav: Der sogenannte Nummernhandel bei Kraftdroschken, in Juristische Wochenschrift 1911, Seite 841 ff.
" Droschkennummern im Rechtsverkehr, in Juristische Wochenschrift 1912, Seite 573 ff.

Krückmann, Paul: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß in Archiv für die zivilistische Praxis, Band 101 (1907), Seite 1 ff.
" Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht, in Archiv f. die zivilistische Praxis, Bd. 103 (1908), S. 139 ff.
" Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Auflage, 1929.

Kuchenbaecker, Albert: Die emtio spei nach römischem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Dissertation Erlangen 1907.

Kuhlenbeck, L.: Nachtrag zu „Der Verkauf einer ärztlichen Praxis im Lichte der Rechtsprechung“ (v. H. Br. Schröder), in Juristische Wochenschrift 1902, Seite 646.
Lange, Richard: Die Übertragung der ärztlichen Praxis, Dissertation Breslau 1919.
Leonhard, Franz: Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931.
Matthiaß, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Auflage, 1914.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II, 1888.
Müller-Erzbach: Die Erhaltung des Unternehmens in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 61 (1908), Seite 357 ff.
Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.
Nießen, L.: Die privatrechtliche Stellung der Elektrizität und der Elektrizitätslieferungsvertrag, Berlin 1925.
Oertmann, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Allg. Teil, 3. Auflage, 1927; Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, 5. Auflage, 1928; 2. Abteilung, 5. Auflage, 1929.
„ Der gewöhnliche Handelskauf in Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von Ehrenberg, Band IV,2 (1918), S. 327 ff.
„ Zur rechtlichen Natur des Loskaufes in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 1930, Sp. 7 ff.
Passow: Betrieb, Unternehmung, Konzern in den Beiträgen zur Lehre von den Unternehmungen, Heft 11, 1925.
Pfleghart, A.: Die Elektrizität als Rechtsobjekt, Teil 2, 1902.
„ Die Sachqualität der elektrischen Energie in Archiv für Bürgerliches Recht, Band 24 (1904), Seite 300—324 (zit. Pfleghart [Arch]).
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Allg. Teil, 4. Aufl., 1913, Band II,2, Recht der Schuldverhältnisse, Besonderer Teil, 4. Auflage, 1928.
Plenske, Walter: Das Elektrizitätsrecht, Dissertation Heidelberg 1908.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Auftrage des Reichsjustizamts bearb. von Dr. Achilles, Dr. Gebhard und Dr. Spahn.
Raue, Richard: Verkauf rechtlich ungeschützter Güter, Dissertation Breslau 1917.
Rausnitz, Julius: Das Recht am menschlichen Leichnam und das Recht der Anatomie, in „Das Recht“ 1903, Seite 593 ff.
RGR. Kom. = Kommentar von Reichsgerichtsräten zum BGB Band 1, 2, 3, 7. Auflage, 1929.
Rostosky, Friedrich: Der Sachinbegriff im ein- und mehrfachen Zubehörverhältnis, in Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 74, (1924), Seite 75 ff.
Rothbarth, Otto: Die Kundschaft als Rechtsgut, in Zeitschrift der Anwaltskammer im OLG.-Bezirk Frankfurt a. M., 3. Jahrgang, Seite 1 ff.
Schaar, Albert: Das Rechtsverhältnis der Elektrizitätswerke zu ihren Stromabnehmern, Erfurt 1931.
Schackow, Albrecht: Die Mängelhaftung beim Kauf von Rechten und rechtlich ungeschützten Gütern, Dissertation Göttingen 1930.
Schlecht, Anton: Das Recht der Elektrizität, München 1906.
„ Verträge über Lieferung elektrischer Ströme in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Band 67 (1902), Seite 8 ff., 31 ff. (zit. Schlecht [Seuff.]).
Schlie, Gerhard: Die unkörperlichen Werte der Erwerbsgeschäfte im Rechtsverkehr. Dissertation Göttingen 1933.

Seligsohn, Julius L.: Geheimnis und Erfindungsbesitz, Berlin 1921.
Semeka, Gregor: Das Wartrecht, in Archiv für bürgerliches Recht, Band 35, Seite 121 ff.
Siméon, P. — David, A.: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich, Band I,1 14./15. Auflage, 1928.
v. Sobbe, Adrian: Die emtio rei speratae, ihr Wesen und ihre Wirkungen, Dissertation Erlangen 1899.
Soergel, Th.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 5. Auflage, 1931.
Sohm, Rudolph: Der Gegenstand, Leipzig 1905.
Staub-Koenige: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage 1932.
v. Staudinger, J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 9. Auflage 1925, Band II,2, 9. Auflage 1928; Band II,3, 9. Auflage 1929.
Tauber Ernst: Steht der Kauf in Bausch und Bogen durchweg unter den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen? Dissert. Rostock 1901.
Thies, Günther: Verkauf der ärztlichen Praxis, Dissertation Jena 1932.
Titze, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1932.
v. Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Band I, Leipzig 1910; Band X,1 des Handbuchs der deutschen Rechtswissenschaft, herausgeg. von Binding.
Vinassa, Walter: Die Kundschaft, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, 9. Heft, Bern 1925.
Voigt, A.: Die wirtschaftlichen Güter als Rechte in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Band VI (1912/13) Seite 304 ff.
Wieland, Karl: Handelsrecht, Band 1, 1921, Band III,1,1 des Handbuchs der deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Binding.
Wiesmann, Franz: Grenzfälle zwischen den §§ 434, 437 ff. und 459 ff BGB, Dissertation Marburg 1932.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1 und 2, 9. Auflage, 1906.
Winkelstern, Heinrich: Der Kauf von Losen vor und nach der Ziehung, Dissertation Göttingen 1930.

Entscheidungen und Abkürzungen:

Bolze: Praxis des Reichsgerichts, Band 16, Seite 226, Nr. 379.
EGHE. = Entscheidungen des Ehrengerichtshofes der deutschen Rechtsanwaltschaft. Band 2.5, 2.100, 8.154, 15.249, 16.44, 17.207, 19.139, 21.188.
Gruch. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot. Band 51.901, 54.655, 58.949, 58.957.
HRR. = Höchstrichterliche Rechtsprechung. Jahrgang 1930, Nr. 1210.
JW. = Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1905 Seite 389, 502; 1907 Seite 136, Nr. 17, 473 ff., 475 ff.; 1914 Seite 589 ff., 674 ff.; 1926 Seite 1058; 1927 Seite 1463; 1930 Seite 1924; 1933 Seite 905, 2043.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Jahrgang 1911, Seite 37, 80.
LZ. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. Jahrgang 1914 Sp. 1896, Nr. 16; 1917 Sp. 799 ff.
OLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Band 6.33, 12.51, 24.167, 24.323, 25.11, 26.63, 28.106, 112.128, 33.258.274, 38.80.
Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Jahrgang 1907 Nr. 3289; 1908 Nr. 2917; 1910 Nr. 1233; 1913 Nr. 3227; 1914 Nr. 21, 1406, 1675; 1918 Nr. 573; 1924 Nr. 811;; 1930 Nr. 1026.
RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Band 27, Seite 275; 32, 165.

RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Band 6. 289, 17. 269, 37. 41. 178, 51. 369, 55. 373, 56. 403, 62. 431, 63. 57, 66. 139. 143, 67. 86, 229. 383, 68. 49, 69. 120. 429, 70. 226, 72. 309, 75. 120. 225, 77. 73. 223, 86. 12, 87. 43, 91. 155, 95. 36, 98. 289, 100. 206, 109. 295, 115. 172, 117, 176, 138. 354.

ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Band 21, 204.

Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Band 48. 403, 49. 272, 84. 234.

Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Band 75. 428.

Warn. = Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneyer, Jahrgang 1930, Seite 216.

Ztschr. f. Rpfl. i. Bay. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Band 6, Seite 200.

Ztschr. f. Rpfl. i. Braunschw. = Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig, Band 64, Seite 60 ff.

---

§§ ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

A. Einleitung.

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Kaufvertrag werden eingeleitet durch den § 433, welcher lautet:

> „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechts ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.
>
> Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

§ 433 handelt also nur vom Verkauf von Sachen und Rechten. Eine erschöpfende Aufzählung sämtlicher veräußerungsfähigen Werte ist damit jedoch noch nicht gegeben. Sie war auch nicht beabsichtigt; denn in den Protokollen Bd. II, Seite 51/52 heißt es:

> „Theoretisch sei es richtig, daß auch andere Werte als Sachen und Rechte Gegenstand eines Kaufes sein könnten. Die Fassung des Entwurfes schließe dies aber nicht aus. Für solche Fälle habe der Entwurf sich einer besonderen Vorschrift enthalten, weil dasjenige, was in denselben dem Verkäufer obliege, sich aus dem Inhalt des Vertrages unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und allenfalls der Verkehrssitte von selbst verstehe. Es empfehle sich im Interesse der Klarheit, an einer konkreten Gestaltung der Vorschrift festzuhalten und nicht für alle denkbaren, sondern nur für diejenigen Geschäfte Fürsorge zu treffen, deren Ordnung der Verkehr erfordere."

Eine gesetzliche Regelung der Veräußerung von Werten, die weder Sachen noch Rechte sind, war also nicht beabsichtigt.

Allerdings besagt § 445 BGB:

> „Die Vorschriften der §§ 433—444 finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandcs gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung."

Hieraus könnte im Gegensatz zu der in den Protokollen vertretenen Auffassung, die ja für die Auslegung des Gesetzes nicht unbedingt zwingend ist, geschlossen werden, daß auch auf andere Werte als Sachen und Rechte die §§ 433—444 entsprechend anzuwenden wären. Voraussetzung für eine derartige Auslegung wäre, daß man unter "Gegenstand" im Sinne des § 445 einen alle veräußerungsfähigen Werte umfassenden Begriff verstehen kann. Eine gesetzliche Definition des Begriffes „Gegenstand" gibt es nicht. In der Wissenschaft ist der Begriff stark umstritten[1]). Während z. B. Leonhard[2]) darunter nur Sachen und Rechte und Sohm[3]) nur das mögliche Objekt einer Verfügung versteht, ist nach dem Reichsgerichtsräte-Kommentar[4]) alles hierunter zu verstehen, was Bestandteil des Vermögens einer Person sein kann. Für den hier nur interessierenden Fall des § 445 ist jedoch der Auffassung Leonhards zuzustimmen. Der Ausdruck „Gegenstand" wird vom Gesetz in demselben Abschnitt bereits in § 434 gebraucht, wo es heißt:

> „Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können."

Da diese Bestimmung sich unmittelbar an § 433, der nur von dem Verkauf von Sachen und Rechten handelt, anschließt, kann sie nur als eine Ergänzung der Verkäuferpflichten verstanden werden; der Begriff „Gegenstand" ist daher nur als zusammenfassende Bezeichnung für Sachen und Rechte aufzufassen. Es muß dann aber weiter mangels besonderer entgegenstehender Gründe angenommen werden, daß dem Begriff „Gegenstand" des in demselben Abschnitt enthaltenen § 445 dieselbe Bedeutung zukommen muß. Sodann entspricht auch § 445 dem § 493, welcher lautet:

> „Die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung."

Aus dem Vergleich dieser beiden Vorschriften folgt, daß hiermit eine Erweiterung des Kaufobjektes über Sachen und Rechte hinaus nicht beabsichtigt war, insbesondere da in § 493 nur vom Sachkauf die Rede ist. Die Besonderheit der in den §§ 445 und 493 behandelten Fälle liegt vielmehr darin, daß das Entgelt nicht bloß in Geld, sondern auch in Handlungen bestehen, daß die entgeltliche Veräußerung Bestandteil eines anderen noch durch weitere Besonder-

---

1) Literaturübersicht bei Staudinger zu Vorb. II vor § 90; Oertmann, Komm. I Vorb. 4 vor § 90 (Seite 253).
2) Leonhard, Seite 3.
3) Sohm, Seite 16 ff. (17).
4) RGRKomm. Anm. 3 zu § 90.

heiten charakterisierten Vertrages (z. B. Vergleich, Trödelvertrag) sein oder daß es sich um die Belastung einer Sache oder eines Rechtes handeln kann[5]).

Es ist daher in Übereinstimmung mit der in den Protokollen vertretenen Auffassung festzustellen, daß sich die Vorschriften des BGB über den Kauf ausdrücklich nur auf den Kauf von Sachen und Rechten erstrecken.

Die Aufgabe der vorliegenden Untersuchung soll es nun sein, die ebenfalls in den Protokollen bereits angedeutete Frage zu prüfen, inwieweit die Vorschriften des BGB über den Kauf eine entsprechende Anwendung über den Rahmen von Sachen und Rechten hinaus gestatten. Die Untersuchung soll sich hierbei auf alles, was überhaupt einen veräußerungsfähigen Wert darstellt, ohne Sache oder Recht zu sein, erstrecken. Als zusammenfassende Bezeichnung hierfür den Begriff „Gegenstand" zu wählen, erscheint bei der bereits angedeuteten Unklarheit und Uneinigkeit über diesen Begriff nicht angebracht. Auch Begriffe wie „Waren" oder „Güter" würden das hier zu behandelnde Kaufobjekt nicht hinreichend kennzeichnen. Während unter „Waren" im allgemeinen nur umsatzfähige bewegliche Sachen verstanden werden[6]), wird bei den Gütern das kennzeichnende Merkmal in der Transportfähigkeit erblickt[6]), ganz abgesehen davon, daß beide Begriffe auch volkswirtschaftlich stark umstritten sind. Es ist daher — ebenso wie in den Protokollen (s. o.) — die Bezeichnung „Wert" gewählt worden, worunter alles verstanden werden soll, was geeignet erscheint, veräußert zu werden und der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und Interessen zu dienen[7]).

Die Formulierung der zu untersuchenden Frage, ob und inwieweit die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden auf die entgeltliche Veräußerung von Werten, die weder Sachen noch Rechte sind, ergibt auch bereits den Umfang und die Grenzen der Untersuchung. Es muß sich also um veräußerungsfähige, d. h. übertragbare Werte handeln. Diese Veräußerung muß ferner entgeltlich erfolgen, jedoch nicht unbedingt durch Geldzahlung (vgl. oben zu §§ 445, 493). Die Frage nach der entsprechenden Anwendbarkeit der Kaufvorschriften wird im einzelnen erforderlich machen eine Abgrenzung gegen andere und auch gegen nichtige Verträge, sowie eine Ausscheidung aller für den gewöhnlichen Sach- und Rechtskauf erheblichen oder bestrittenen Fragen oder besonderer Verkaufsarten. Die Hauptaufgabe wird daher zunächst in der Herausstellung der Fälle von Werten, die weder Sachen noch Rechte sind, und sodann in der Prüfung der Anwendbarkeit der Kaufvorschriften liegen.

---

5) Vgl. die Kommentare zu §§ 445, 493.
6) Staudinger Vorb. II,3 vor § 90.
7) Kleckow, Seite 1; Schlecht (Seuff.), Seite 32.

B. Zulässigkeit und Grenzen der Analogie.

Da die §§ 433 ff nur vom Kauf von Sachen und Rechten handeln, wird man auch insoweit nur von einem Kauf sprechen können. Im übrigen, also insbesondere für die hier zu behandelnden Fälle von Werten, die weder Sachen noch Rechte sind, kann es sich nur um kaufähnliche Verträge handeln[1]), auf die die §§ 433 ff ganz oder teilweise analog, d. h. nicht bloß durch Auslegung eines zu engen Ausdrucks, sondern durch Fortbildung über den Inhalt der Vorschriften hinaus[2]) anzuwenden wären.

Daß die Analogie grundsätzlich zulässig ist, erscheint unzweifelhaft. Der § 1 des ersten Entwurfes, welcher lautete[3]):

> „Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend."

ist später wegen Selbstverständlichkeit gestrichen worden[4]). Daß die Analogie speziell für die Anwendung der §§ 433 ff auf die entgeltliche Veräußerung von Werten, die weder Sachen noch Rechte sind, unzulässig sein sollte, dagegen spricht nicht nur das Fehlen einer diesbezüglichen Bestimmung in den Vorschriften über den Kaufvertrag, sondern auch die bereits angeführte Stelle in den Protokollen, wonach einer entsprechenden Anwendung ausdrücklich das Wort geredet wird. Für eine analoge Anwendung spricht aber auch sicher das Verkehrsbedürfnis, insbesondere in den Fällen, wo es an hinreichenden Bestimmungen im Vertrage fehlt. Die Gründe, die Leonhard gegen eine analoge Anwendung der Kaufvertragsvorschriften anführt[5]), nämlich, daß man dann sämtliche entgeltlichen Verträge als Kauf bezeichnen müßte, übrzeugen nicht; denn die Analogie findet stets ihre Grenzen an den durch das Ein-

1) Streitig, doch nicht praktisch. Vgl. Literaturübersicht bei Raue, S. 13 ff., Schackow, Seite 3 Anm. 8.
2) Enneccerus-Nipperdey § 53 II,2.
3) Mugdan I, Seite LII.
4) Vgl. Prot. I,2: „Die Mehrheit ging davon aus, daß zur Handhabung der Analogie eine besondere gesetzliche Ermächtigung nicht erforderlich sei."
5) Leonhard, Schuldrecht, Seite 5/6.

teilungsprinzip des BGB für jede Schuldvertragsform geschaffenen zwingenden gesetzlichen Vorschriften[6]). Als solche zwingende Voraussetzung für den Kaufvertrag muß gelten: eine entgeltliche (im Gegensatz zur Schenkung), endgültige (im Gegensatz zur zeitweisen Gebrauchsüberlassung der Miete und Pacht) Übertragung (zum Unterschied von der Herstellung [Arbeitsvertrag] eines Werkes[7]). Wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, kann es sich weder um einen Kaufvertrag noch um einen kaufähnlichen Vertrag handeln, sondern nur um einen anderen vom BGB geregelten Vertragstyp oder um einen Vertrag eigener Art, wobei maßgebend die Leistung des nicht Geld schuldenden Vertragsteiles ist[8]).

Die grundsätzliche Bejahung der Analogie unter diesen zwingenden Voraussetzungen schließt jedoch nicht aus, daß nach der Natur des Veräußerungswertes nur eine teilweise Analogie zur Anwendung kommen kann. Es wird daher bei den verschiedenen Wertgruppen erforderlich sein, zu untersuchen, inwieweit die Kaufvorschriften im einzelnen analog angewendet werden dürfen. Diese Untersuchung kann und soll nicht paragraphenweise erfolgen, auch nicht, wie schon bemerkt, bezüglich besonderer Streitfragen des Kaufrechts oder besonderer Verkaufsarten; sie soll sich vielmehr nur auf die Grundsätze des Kaufrechts erstrecken und nur, soweit die entsprechende Anwendung Besonderheiten gegenüber dem Normalfall ergibt und die Nicht-Anwendung sich nicht von selbst versteht. In diesem Rahmen wird sich die Untersuchung grundsätzlich nur mit den gegenseitigen Rechten und Pflichten (§ 433), der Gewährleistung wegen Rechts- oder Sachmängel (§§ 434 ff., 459 ff.), der Verjährung der Gewährleistungsansprüche gemäß § 477 und der Gefahrtragung (§ 446) befassen.

C. Die einzelnen Fälle.

Die Frage nach Werten, die weder Sachen noch Rechte sind, hat zur Voraussetzung die Beantwortung der Frage nach dem Wesen einer Sache oder eines Rechts. Hierbei sei bemerkt, daß die Unterscheidung von Sachen und Rechten im § 433 an sich überflüssig ist, da bei der Veräußerung von Sachen auch Rechte, nämlich Eigentumsrechte, übertragen werden[1]).

Für den Begriff der Sache enthält das Gesetz selbst eine Definition in § 90 BGB. Hiernach sind Sachen nur körperliche,

6) Oertmann, Komm. Band II,2 Allg. Vorb. 3c.
7) Jung in Iher. J., Band 69, Seite 68.
8) Jung in Iher. J., Band 69, Seite 72.
1) Jung, Bürgerliches Recht, Seite 871.

d. h. raumausfüllende Gegenstände. Hierbei ist es rechtlich unerheblich, in welchem Aggregatzustande sich die Sachen befinden, ob sie also fest, flüssig oder gasförmig sind.

Der Begriff des veräußerungsfähigen subjektiven Rechtes ist gesetzlich nicht festgelegt. Man wird mit Enneccerus-Nipperdey[2]) das Recht kennzeichnen können als die von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche Macht. Der Begriff ist allerdings in der Wissenschaft stark umstritten[3]), doch würde eine kritische Würdigung der einzelnen Definitionen den Rahmen der vorliegenden Untersuchung überschreiten.

Zur möglichst vollständigen Erfassung sämtlicher veräußerungsfähigen Werte, die weder körperliche Gegenstände sind noch sich als durch die Rechtsordnung verliehene Macht darstellen, empfiehlt es sich, bei der Untersuchung zunächst auszugehen von den Sachen und Rechten selbst, also zu fragen, ob es einzelne körperliche Werte gibt, die keine Sachen sind. Sodann wäre zu prüfen, ob veräußerungsfähige Werte außer Sachen und Rechten entstehen bei der Teilung oder bei der Zusammenfassung, beim Entstehen oder beim Untergang von Sachen und Rechten. Weiter wäre zu untersuchen, ob uns solche Werte von den Sachen und Rechten selbst trotz ihres Weiterbestehens, also als Nutzungen, vermittelt werden. Schließlich wäre durch gegensätzliche Frage festzustellen, welche unkörperlichen Werte es gibt, die nicht von der Rechtsordnung verliehen sind. Solche Werte könnten dem Menschen entstehen vorwiegend durch eigene Schöpfung des Willens oder des Geistes oder durch den wirtschaftlichen Verkehr der Menschen untereinander, also gewissermaßen durch die menschliche Innen- und Außenwelt, obgleich hier eine scharfe Trennung schon deshalb nicht möglich ist, weil jeder veräußerungsfähige Wert einen wirtschaftlichen Verkehr zur Voraussetzung hat.

I. Einzelne körperliche Werte, die keine Sachen sind.

Während sich die von der Rechtsordnung verliehene Macht ausnahmslos als Recht darstellt, gibt es Werte, die trotz Körperlichkeit nicht als Sachen im Rechtssinne gelten.

Es sind das zunächst solche Werte, die menschlich nicht beherrscht werden können, weil ihre Ausdehnung oder ihre Entfernung zu groß ist, wie z. B. die Luft, das Meer, fließendes Wasser, Sonne, Mond und Sterne[1]). Da sie jedoch wegen dieser mangelnden Beherrschbarkeit auch nicht übertragbar und veräußerungsfähig sind, scheiden sie auch für die vorliegende Untersuchung aus. Soweit sich

---

2) Enneccerus-Nipperdey § 65 II.
3) Literaturübersicht bei Enneccerus-Nipperdey § 65.
1) RGRKomm. Anm. 1 Abs. 3 zu § 90; Staudinger Vorb. VII 1b vor § 90; Planck, Vorb. 2b und 4d vor § 90; Binder, Arch. f. Bürg. Recht 34, 223.

jedoch Luft und Wasser in einem beherrschbaren Zustande befinden, z. B. Luft oder Wasser in einem Behältnis, würde Sachkauf vorliegen[2]).

Beim lebenden menschlichen Körper wird unstreitig die Sachqualität verneint, weil er ein Teil der Persönlichkeit ist und nicht zu der den Menschen umgebenden Natur gehört[3]). Eine Veräußerung des menschlichen Körpers wäre an sich möglich und war früher in den Zeiten der Sklaverei auch üblich und rechtmäßig. Nach heutigen Anschauungen wäre jedoch ein solcher Vertrag wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig.

Beim menschlichen Leichnam ist die Sachqualität in der Wissenschaft streitig. Man wird sie jedoch bejahen müssen, da der Leichnam sich nicht mehr als ein Teil der Persönlichkeit, die ja durch den Tod beseitigt worden ist, darstellt[4]). Wenn also jemand bei Lebzeiten seinen künftigen Leichnam an eine Anatomie zu wissenschaftlichen Zwecken verkauft, so würde es sich um den Verkauf einer künftigen Sache handeln. Aber auch selbst wenn man den Leichnam aus Gründen der Pietät oder als Teil der menschlichen Persönlichkeit nicht für eine Sache hält, so wäre auch aus denselben Gründen seine Veräußerung wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig.

Nicht unbestritten ist auch die Sachqualität der Urkunden. Die herrschende Meinung bejaht sie jedoch mit Recht, denn sie stellen körperliche Gegenstände dar[5]). Bei den Wertpapieren ergibt sich allerdings die Besonderheit, daß sie Recht und Sache in sich vereinigen. Ihre Veräußerung stellt sich daher zugleich als Rechts- und Sachkauf dar. Auf das Recht sind somit die Vorschriften über den Rechtskauf, auf Mängel der Urkunde, z. B. bei Beschädigung oder Unbrauchbarkeit des Urkundenpapiers, die Vorschriften über Gewährleistung wegen Sachmängel anzuwenden[6]).

Zusammenfassend ergibt sich also, daß einzelne körperliche Werte, die keine Sachen sind, auch nicht veräußert werden können und daher für unsere Untersuchungen ausscheiden.

2) Planck 2b vor § 90.

3) Enneccerus-Nipperdey § 114 I,1; Gierke, Band II,35; Oertmann Vorb. 6e α vor § 90; RGRKomm. Anm. 1 Abs. 3 zu § 90; Planck Vorb. 2a vor § 90; Staudinger Anm. 3a zu § 90 (mit weiterer Literatur).

4) So auch Enneccerus I, § 114 II,1; Binder, Seite 225; RGRKomm. Anm. 1 Abs. 3 zu § 90; Planck 2a vor § 90; Oertmann 6e γ vor § 90 (mit weit. Literatur); a. M. Gierke 2, 35 ff.; Rausnitz in Recht 1903, Seite 593 ff. Weitere Literatur bei Staudinger Anm. 3a zu § 90.

5) So auch RGRKomm. Anm. 2 Abs. 2 zu § 90; Staudinger Anm. 2 zu § 90; Planck Anm. 1 und 2f vor § 90; RGZ 91, 155 ff. (157); a. M. Sohm, Seite 19 Anm. 10 a. E.

6) Schackow, Seite 18 ff. und die dort. Liter. und Rechtspr. RGZ. 109, 295 ff. (297).

II. Teile von Sachen und Rechten.

Wenn man eine Sache physisch zerteilt (quantitative Teilung), so entstehen neue Sachen, Teilsachen[1]). Bei der Veräußerung handelt es sich also um Sachkauf, z. B. Verkauf eines halben Brotes. Entsprechendes gilt auch bei Rechten. Bei Teilung von Rechten entstehen Teilrechte. Bei der Veräußerung der Hälfte einer Forderung handelt es sich um Rechtskauf.

Anders verhält es sich jedoch bei nur ideeller Teilung von Sachen (qualitativer Teilung)[2]), also unter Aufrechterhaltung der körperlichen Einheit der Sache. Hierbei entstehen Bestandteile, z. B. das Rad am Wagen, der Ziegelstein im Haus. Eine solche ideelle Teilung ist jedoch nur bei durch körperliche Verbindung zusammengesetzten Sachen möglich[3]); denn das Wesen der einfachen Sache oder Einheitssache besteht gerade darin, daß bei ihr einzelne Bestandteile nicht vorhanden sind, und zwar entscheidet hierbei die Verkehrsauffassung, d. h. „der vernünftige Sinn für das praktische Leben[4])", nicht etwa die Ansicht der Naturwissenschaft, wonach als Einzelsachen allenfalls nur einzellige Lebewesen oder Atome und Moleküle in Betracht kommen[5]).

Entsprechendes gilt auch bei Rechten. Bei ideeller Teilung entstehen hier die einzelnen Befugnisse als Einzelwirkungen des einheitlichen Begriffes „Recht", z. B. die Befugnis des Eigentümers, die Sache in Besitz zu nehmen oder ihre Früchte zu ziehen[6]).

1. Bestandteile.

Hinsichtlich der Bestandteile, die also zwar Werte, aber keine Sachen sind, bestimmt der § 93 BGB, daß solche Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Eine Veräußerung solcher wesentlichen Bestandteile wie z. B. des am Wagen befestigten Rades, einzelner Blätter eines Buches, wäre also mangels Eigentumsverschaffung nicht möglich und daher nach § 306 BGB nichtig. Es wäre nur eine Veräußerung für den Fall künftiger Abtrennung des Bestandteils möglich; dann aber würde der Kauf einer künftigen Sache vorliegen, wie z. B. beim Verkauf von Holz auf dem Stamm[7]).

---

1) Krückmann, ArchZivPr. 103, 145.
2) Krückmann, a.a.O.
3) Unrichtig Danziger, Seite 12.
4) Binder, ArchBürgR. 34, 224.
5) Vgl. zu Vorstehendem: Soergel Anm. 1 zu § 93; Staudinger Anm. III vor § 90; Oertmann Anm. 1 zu § 93.
6) Enneccerus I, § 65 I,4; Krückmann, Arch. Ziv. Pr. 101, 158; Hirsch, S. 170 ff. (betr. Übertragung der Rechtsausübung); v. Tuhr, Seite 61.
7) RGZ. 72, 309 ff. (312).

Das Gesetz spricht in den §§ 93 ff BGB nur von Bestandteilen und wesentlichen Bestandteilen. Hiernach muß es logischerweise auch unwesentliche Bestandteile geben[8]). Bei ihnen würde zum Unterschied von den wesentlichen Bestandteilen eine gegenseitige Trennung keine Zerstörung oder Wesensveränderung des einen oder anderen Bestandteils zur Folge haben. Derartige Fälle werden zwar verhältnismäßig selten vorkommen und geringe praktische Bedeutung haben; denn die Bestandteile erhalten im allgemeinen ihren wesentlichen Wert durch die Zusammensetzung zu einer Hauptsache. Doch kann die Existenz der unwesentlichen Bestandteile weder aus logischen noch aus tatsächlichen Gründen geleugnet werden. Beispiele für unwesentliche Bestandteile wären etwa: die Wolle des Schafes, der Stein im Ring, Bild und Rahmen, sofern nicht eine für das Bild besondere Anfertigung vorliegt, Teile eines Grundstücks[9]). Für diese unwesentlichen Bestandteile würde die Beschränkung des § 93 nicht zutreffen, sie könnten also trotz körperlichen Zusammenhanges Gegenstand besonderer Rechte sein und daher auch veräußert werden, und zwar als Werte, die weder Sachen noch Rechte sind[10]).

Die Besonderheiten bei der Anwendung der Kaufvorschriften auf diese Bestandteilskäufe sind herzuleiten aus den besonderen Unterscheidungsmerkmalen zwischen Sachen und unwesentlichen Bestandteilen. Dieser Unterschied besteht, wie bereits ausgeführt, darin, daß Sachen selbständige körperliche Gegenstände, Bestandteile hingegen mit anderen Bestandteilen zu einer Sache körperlich verbunden sind. Die Übergabe des Bestandteils hat also notwendigerweise wegen des körperlichen Zusammenhanges auch die Übergabe der ganzen Sache zur Folge. Besonderheiten werden sich somit speziell bei der entsprechenden Anwendung des § 433 BGB ergeben. Hiernach wäre der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den Bestandteil zu übergeben und das Eigentum an dem Bestandteil zu verschaffen.

Was zunächst die Pflicht zur Eigentumsverschaffung betrifft, so kennt das BGB ein Eigentum zwar nur an Sachen und andere dingliche Rechte nur an Sachen und an Rechten. Da aber, wie sich durch argumentum e contrario aus § 93 ergeben hat, auch unwesentliche Bestandteile Gegenstand besonderer Rechte sein können, muß der Kreis der dinglichen Rechte auch auf die unwesentlichen Be-

---

8) Danziger, Seite 50 ff.; mit weit. Liter. Oertmann § 93 Anm. I b β und Anm. 3 mit weit. Liter.. Herrsch. Meinung. A. M. Endemann I § 52,2 zu Fußnote 14—16 (Lehrbuch).

9) Oertmann § 93 Anm. I,1 b β. Nach Sohm Seite 18 Anm. 10 gibt es unwesentliche Bestandteile nur bei Grundstücken.

10) Planck Anm. 5 zu § 93; Staudinger Anm. 6 zu § 93; Oertmann Anm. 3 zu § 93; Danziger Seite 69; RGRKomm. Anm. 1 zu § 93; Windscheid-Kipp. I § 138 a. E., Seite 697, RGZ 69, 120.

standteile ausgedehnt werden[11]). Die Eigentumsverschaffung hätte also durch Einigung (bzw. Auflassung) über den Eigentumsübergang an dem Bestandteil und durch Übergabe, bzw. Grundbucheintragung zu erfolgen.

Die Pflicht zur Übergabe besteht in der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an dem Bestandteil[12]). Der unmittelbare Besitz an dem Bestandteil wird aber im allgemeinen wegen des körperlichen Zusammenhanges die tatsächliche Herrschaft über die übrigen Bestandteile und damit der ganzen Sache zur Folge haben. Der Verkäufer wird seiner Verpflichtung zur Besitzverschaffung nur in den Fällen ohne Schwierigkeiten nachkommen können, in denen Teilbesitz im Sinne des § 865 BGB, also eine gesonderte räumliche Herrschaft an dem einen Teil einer Sache neben der räumlichen Herrschaft anderer Personen über die anderen Teile möglich ist[13]). Das wird aber bei den an sich schon verhältnismäßig seltenen Fällen der unwesentlichen Bestandteile wohl nur bei Grundstücken der Fall sein.

Zur Bestimmung eines Grundstücksbestandteils und zur Ermöglichung und Begrenzung seiner räumlichen Beherrschung wird dieser Bestandteil gegen die andern Teile irgendwie kenntlich gemacht oder abgegrenzt werden müssen. Da ferner der verkaufte Grundstücksbestandteil bei der Eintragung ins Grundbuch ein besonderes Blatt oder zum mindesten eine besondere Nummer auf einem gemeinschaftlichen Blatte des erwerbenden neuen Eigentümers erhält (§§ 3, 4 GBO), so handelt es sich bei dem Verkauf von Grundstücksbestandteilen tatsächlich nur um den Kauf eines selbständigen oder selbständig zu machenden Grundstücks; denn als ein selbständiges Grundstück im Rechtssinne ist ein gegen andere Teile räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche anzusehen, der im Grundbuch eine besondere Stelle hat und als selbständiges Grundstück gebucht ist, sei es für sich allein auf einem besonderen Grundbuchblatt oder auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnisse der Grundstücke[14]). Es würde sich also in diesen Fällen um reine Sachkäufe handeln.

Bei den unwesentlichen Bestandteilen beweglicher Sachen, bei denen wohl ausnahmslos ein Teilbesitz nicht möglich ist, würde der Veräußerer, der dem Bestandteilskäufer die gesamte Sache übergeben würde, über seine Verpflichtung hinausgehen, da er als Eigentümer der restlichen Bestandteile ein Recht zu ihrem Besitze und wegen der Untrennbarkeit zum Besitze der ganzen Sache hat. Hätte er sogar mehrere Bestandteile an verschiedene Personen ver-

11) RGRKomm. Anm. 1 zu § 93.
12) RGRKomm. Anm. 8 I a zu § 433.
13) Mot. III,114.
14) RGRKomm. § 873 Anm. 4 und die dort zit. Rechtsprechung.

kauft, so würde er, wenn er nur einem von ihnen zur Besitznahme des verkauften Bestandteils den Besitz der Sache überließe, seinen Verpflichtungen den anderen Käufern gegenüber nicht gerecht werden können. Alle diese Fälle lassen sich befriedigend nur dadurch lösen, daß dem Käufer eines unwesentlichen Bestandteils einer beweglichen Sache nur Mitbesitz im Sinne des § 866 BGB an der Sache zu übertragen ist, und zwar grundsätzlich schlichter Mitbesitz, nicht Gesamthandsbesitz[15]), da nur jener eine selbständige Sachherrschaft, die dem Eigentümer eines Bestandteils zukommt, gewährt. Der Verkäufer der Schafwolle wird also dem Käufer einen Schlüssel zum Schafstall zu geben, der Verkäufer des Edelsteins im Ringe dem Käufer die jederzeitige, besonders zu regelnde Mitbenutzung des Ringes zu gestatten haben. Selbstverständlich können sich die Parteien auch dahin einigen, daß einer von ihnen den Alleinbesitz hat, sei es der Käufer, durch Verkauf der Sache unter Vorbehalt des Eigentums an bestimmten unwesentlichen Bestandteilen, sei es der Verkäufer durch constitutum possessorium nach § 930 BGB.

Abgesehen von den Verkäuferpflichten nach § 433 bietet jedoch die entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften keine gegenüber dem gewöhnlichen Sachkauf hervorzuhebende Besonderheit. Der Gefahrübergang (§ 446) würde entsprechend mit der Einräumung des Mitbesitzes erfolgen. Ebenso bietet die mangelnde körperliche Selbständigkeit der Bestandteile keinen Anlaß, die Vorschriften über Gewährleistung wegen Sachmängel entsprechend auf Mängel der Bestandteile nicht anzuwenden.

Zusammenfassend wäre also zu sagen, daß als veräußerungsfähige Werte von Sachteilen nur unwesentliche Bestandteil beweglicher Sachen in Betracht kommen und daß auf ihre Veräußerung die Vorschriften über den Kauf mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden sind, daß der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer Eigentum an dem Bestandteil durch Einigung und Einräumung des Mitbesitzes zu verschaffen.

2. Befugnisse.

Eine den Sachbestandteilen entsprechende Regelung für die Rechtsbestandteile, die Befugnisse, ist im Gesetz nicht enthalten. Es gibt daher auch keine wesentlichen oder unwesentlichen Rechtsbefugnisse.

Der Inhalt dieser Befugnisse kann zunächst durch Begründung neuer selbständiger (dinglicher oder quasi-dinglicher) Rechte übertragen werden, z. B. kann die Nutzungsbefugnis des Eigentümers auf einen andern ganz oder teilweise durch Bestellung eines Nießbrauchs oder einer Dienstbarkeit, oder bei dem Patentinhaber durch Begründung einer ausschließlichen Lizenz übertragen werden. Dann

15) Wolff, Sachenrecht § 9.

aber würde ein reiner Rechtskauf vorliegen; denn daß das Recht dem Erwerber nicht durch Abtretung, sondern durch Begründung verschafft wird, ist für die Natur des Rechtskaufes unerheblich (vgl. auch § 449 BGB)[16]).

Befugnisse können ferner auch durch Begründung lediglich obligatorischer Rechte eingeräumt werden. In solchen Fällen würde jedoch kein Veräußerungsvertrag vorliegen; denn an der hierfür erforderlichen Endgültigkeit der Übertragung (s. o. unter B) würde es wegen mangelnder Selbständigkeit der obligatorischen Rechte fehlen[17]). Da das eingeräumte obligatorische Recht nur Wirkung besäße gegenüber dem derzeitigen Inhaber des Hauptrechts, könnte dieser durch Veräußerung des Hauptrechtes das obligatorische Recht jederzeit zum Erlöschen bringen; denn auch ein Veräußerungsverbot mit dinglicher Wirkung wäre nach § 137 BGB nichtig. Eine Übertragung von Einzelbefugnissen mit nur obligatorischer Wirkung wäre daher nur in den Formen eines Miet- oder Pachtvertrages möglich. Zum Schutze des Mieters oder Pächters gegen eine Schädigung durch Veräußerung der vermieteten Sache oder des Rechts würden die §§ 571, 581, 986 Abs. 2, 931 BGB eingreifen.

Die Veräußerung von Rechtsbestandteilen scheidet daher für die vorliegende Untersuchung aus.

III. Inbegriffe.

Das Wesen der Bestandteile besteht, wie ausgeführt, in der körperlichen Verbindung mit andern Sachteilen zu einer neuen Sache. Selbständige Sachen können durch eine solche Verbindung Bestandteile einer neuen Sache werden. Werden selbständige Sachen jedoch nicht körperlich, sondern bloß ideell, durch Zusammenfassung zu einem gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck, miteinander verbunden und sind sie einander gleichgeordnet, nicht untergeordnet wie beim Zubehör, so bilden sie zusammen einen Sachinbegriff. Beispiele hierfür sind das Gutsinventar, die Geschäfts- oder Zimmereinrichtung, eine Bibliothek, ein paar Stiefel, ein Warenlager[1]). Auch das Gesetz verwendet den Ausdruck Inbegriff (vgl. §§ 92 Abs. 2, 1035 BGB). Entsprechend kann man auch von Rechtsinbegriffen sprechen und hierunter die Zusammenfassung der Rechte gegenüber einer Person oder der Rechte, die einer Person insgesamt zukommen (Vermögen), verstehen[2]). Es handelt sich also

---

16) RG. JW. 07,136 Nr. 17.
17) Vgl. hierzu Hirsch, Seite 176, Anm. 1.
1) Enneccerus, Band I, Seite 359; Rostosky, Seite 96 ff. (100); RGZ. 87,43 (45); RGRKomm. Anm. 1 zu § 90; Staudinger Anm. III vor § 90; Oertmann Anm. 2c vor § 90.
2) RGRKomm. Anm. 1 Abs. 2 zu § 90.

bei den Inbegriffen um Werte, die weder Sachen noch Rechte sind, und zwar wird infolge der wirtschaftlichen Zweckverbundenheit der Wert des Inbegriffs im allgemeinen größer sein als die Summe der Werte der einzelnen Sachen und Rechte als Teile des Inbegriffs[3]).

Die Möglichkeit und Zulässigkeit der Veräußerung eines Inbegriffs ist umso unbedenklicher, als das Gesetz selbst in den §§ 310, 311, 419 BGB von der vertraglichen Übernahme eines Vermögens und in den §§ 2371 ff. BGB vom Erbschaftskauf spricht.

Der Kaufpreis kann bei der Veräußerung eines Inbegriffs sich entweder als die Summe von Einzelpreisen für die einzelnen Stücke oder Maßeinheiten (z. B. 1.— RM pro kg) oder aber als Gesamtpreis ohne Einzelbewertung darstellen[4]). Im letzten Falle kommt der Kauf einer wirtschaftlichen Einheit noch stärker, auch noch durch den Preis, zum Ausdruck. Man spricht in einem solchen Falle auch von einem Kauf in Bausch und Bogen, Kauf, wie es steht und liegt, oder Kauf en bloc[5]). Für unsere Untersuung, inwieweit auf solche Verträge mangels besonderer vertraglicher Regelung die Vorschriften über den Kauf entsprechend anzuwenden sind, ergibt sich somit eine Dreiteilung. Zunächst soll der Kauf einer Sachgesamtheit ohne Gesamtpreis, sodann der Kauf in Bausch und Bogen und schließlich sollen etwaige Besonderheiten beim Kauf von Rechtsinbegriffen behandelt werden.

1. Sachgesamtheiten.

Da es nach dem Gesetz ein Eigentum an einem Inbegriff nicht gibt, geht die Verpflichtung des Verkäufers gemäß § 433 dahin, dem Käufer das Eigentum an sämtlichen einzelnen Sachen, die zum Inbegriff gehören, zu verschaffen[6]). Da der Kaufpreis sich aus den Preisen der einzelnen Stücke zusammensetzt, wird auch die Feststellung, welche Sachen zum Inbegriff gehören, keinen Schwierigkeiten begegnen. Aus dieser Preisberechnung folgt auch, daß der Verkäufer auch nur die beim Abschluß des Kaufvertages vorhandenen Sachen schuldet und daß gemäß § 446 bis zur Übergabe der Sachen der Verkäufer Gefahr trägt und Nutzungen zieht. Infolge der Einzelbewertung der Sachen beim Kaufpreis kann man auch nicht auf einen stillschweigenden Verzicht des Käufers auf Gewährleistungsansprüche aus Mängeln von Einzelsachen schließen, selbst wenn dadurch der Wert oder die Tauglichkeit des Inbegriffs nicht oder nur unerheblich beeinträchtigt werden

3) Krückmann, Arch.Ziv.Pr. 101, 155 ff.
4) Oertmann Ehr. Hdb., Seite 353.
5) Vgl. Lit. u. zu 2.
6) Herrschende Meinung, Vgl. insbesondere RGZ. 70,226 (231); Enneccerus I § 114 III.

würde. Es gelten also beim Kauf eines Inbegriffs hinsichtlich der Einzelsachen grundsätzlich die Vorschriften über Sach- und Rechtsmängel wie beim Kauf einer Einzelsache oder Sachmehrheit. Eine Ausnahme hiervon ist jedoch durch die Vorschrift des § 469 gegeben, welche lautet:

> Sind von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandlung verlangt werden, auch wenn ein Gesamtpreis für alle Sachen festgesetzt ist. Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann jeder Teil verlangen, daß die Wandlung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können.

Da es für den Kauf eines Sachinbegriffs gerade charakteristisch ist, daß die einzelnen Sachen als zusammengehörend verkauft werden, und da infolge dieser wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit eine Benachteiligung durch Einzelwandlung fast regelmäßig vorliegen wird, so dürfte die Ausnahme des § 469 von dem Grundsatz der Einzelwandlung im allgemeinen zur Regel werden, d. h. jeder Vertragsteil im allgemeinen Gesamtwandlung verlangen können[7]).

Bei einem Verkauf eines Sachinbegriffs zu einem auf Grund von Einzelbewertungen gebildeten Kaufpreis ergibt sich somit gegenüber dem einfachen Sachkauf die Besonderheit, daß das Eigentum an den einzelnen zur Zeit des Kaufabschlusses zum Inbegriff gehörigen Sachen zu übertragen ist und daß unter den Voraussetzungen des § 469 Satz 2 jeder Vertragsteil Gesamtwandlung verlangen kann.

2. Der Kauf in Bausch und Bogen[8]).

Der Kauf in Bausch und Bogen wird hauptsächlich praktisch werden bei der Aufgabe von Geschäften oder Räumung von Warenlagern[9]). Da der Unterschied vom gewöhnlichen Sachkauf darin liegt, daß ein Sachinbegriff zu einem Gesamtpreis, also ohne Bewertung der einzelnen Sache, verkauft wird, werden auf die Veräußerung die für den Sachinbegriff erörterten Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, soweit sich nicht Besonderheiten aus dem Gesamtpreis ergeben.

Aus dieser Pauschalberechnung des Kaufpreises geht hervor, daß der Käufer nicht auf die Beschaffenheit der Einzelsache, sondern nur des Inbegriffs Wert gelegt hat, daß er damit gerechnet hat,

---

7) Vgl. Recht 1907 Nr. 3289.

8) Berolzheimer i. Gruchot Beitr. 63, 456 ff. Georgi Seite 7 ff, 22 ff. Tauber, Seite 25, Dernburg, Band 2,2 Seite 11 ff. Gruch. i. Z. f. d. ges. Handelsrecht 3,471 ff. (insbesondere betr. älterer Praxis und anderer Rechte) Oertmann, Ehr. Hdb. 4,2, Seite 353 ff; Komm. Anm. 11 vor § 433; RGR Komm. 6a zu 433; Staudinger Anm. I g zu 433.

9) Dernburg, Seite 11.

daß der Minderwert einer Einzelsache ausgeglichen wird durch den etwaigen Mehrwert eines anderen Stückes. Es ist also grundsätzlich davon auszugehen und bei mangelnder näherer Vertragsbestimmung der Vertrag dahin auszulegen, daß der Käufer auf eine Mängelhaftung des Verkäufers hinsichtlich der Einzelmängel verzichtet hat[10]). Der Verkäufer hat also einzustehen nur für Mängel des Inbegriffs. Dieser Mangel entsteht zwar durch die Mängel der Einzelsachen, jedoch führt nicht jeder Einzelmangel einen Mangel des Inbegriffs herbei. Entscheidend hierfür werden sein die Zahl und das Wertverhältnis der einzelnen mangelhaften Stücke. Auch Mängel in der Zahl der Einzelstücke (Quantitätsmängel) können unter Umständen einen nach § 459 BGB erheblichen Qualitätsmangel des Inbegriffs bilden[11]). Wird jedoch nur für Mängel des Inbegriffs gehaftet, so kann sich auch die Wandlung nur auf den Inbegriff erstrecken. § 469, der grundsätzlich nur Einzelwandlung und nur ausnahmsweise Gesamtwandlung vorsieht, kommt also im Gegensatz zum bloßen Inbegriffskauf beim Kauf in Bausch und Bogen nicht zur Anwendung.

Von dem Grundsatz der Nichthaftung für Einzelmängel gibt es jedoch eine Ausnahme gemäß § 476. Hiernach ist eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt. Da es sich auch beim Kauf in Bausch und Bogen um einen stillschweigenden Erlaß der Haftung für Einzelmängel handelt, so würde trotzdem eine solche Haftung bei Arglist des Verkäufers bestehen, z. B. bei Ausnutzung einer Verwechslung oder eines Irrtums seitens des Käufers[12]). Hier wären dann also für den Verkäufer Ansprüche auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz gemäß §§ 462, 463, 469, 471, 472 gegeben.

Mit der Mängelhaftung hängt die Gefahrtragung zusammen. Wenn nämlich der Verkäufer den vollen Kaufpreis verlangen kann, auch wenn einzelne Sachen mangelhaft sind, so kann auch insoweit nicht von einer Gefahrtragung des Verkäufers, also einem evtl. Verlust der Kaufpreisforderung gesprochen werden. Es ist daher auch rechtlich unerheblich, wann diese Einzelmängel entstanden sind, ob vor oder nach der Übergabe. Entsprechend würde auch eine Werterhöhung einzelner Stücke dem Käufer zugute kommen. § 446 wäre

10) Berolzheimer, Seite 459, Dernburg Band 2,2, Seite 12, Oertmann-Komm. Anm. 1 zu § 469, Anm. 6c zu § 446 Hdb., Seite 354; Georgi, Seite 27 ff. Seuff. Arch. 49, 272; OLG. 28, 128 (129); 33, 274; Recht 1914, 1675; Tauber, Seite 75; Staudinger Anm. I 1g zu § 433. Motive 2, Seite 324, Düringer-Hachenburg, Band 5,1, Seite 96, Anm. 118 („Tatfrage"). Vgl. auch ALR. I,11, § 84 ff.

11) Tauber, Seite 77.

12) Berolzheimer, Seite 459 (mit Beispielen Anm. 11) Georgi Seite 28/29; Oertmann Handbuch, Seite 355; Recht 1908, Nr. 1917.

also auf den Kauf in Bausch und Bogen mit der Maßgabe anzuwenden, daß mit der Übergabe der gesamten zum Inbegriff gehörigen Sachen die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung des Inbegriffs auf den Käufer übergeht, daß jedoch Gefahr und Nutzungen hinsichtlich der Einzelsachen, soweit dadurch der Inbegriff als solcher nicht berührt wird, der Käufer seit Kaufabschluß trägt[13]).

Dementsprechend erstreckt sich auch die Übergabepflicht des Käufers gemäß § 433 nur auf die einzelnen zur Zeit der Übergabe vorhandenen Stücke, soweit sie noch den dem Vertrage zugrundeliegenden Inbegriff bilden, und auch nur auf das vorhandene, nicht nur verkehrsübliche Zubehör[14]).

Eine Sonderregelung für den Vorkauf ist noch in § 508 BGB getroffen.

3. Inbegriffe von Rechten[15]).

Da die bisher aus dem Wesen des Inbegriffs und des Gesamtpreises gezogenen Folgerungen nichts für die Sachen Eigentümliches darstellen, gelten sie auch entsprechend für Inbegriffe von Rechten. Zu diesen Inbegriffen können natürlich auch Sachen, genauer Rechte an Sachen, gehören. Auch ist es unerheblich, ob die wirtschaftliche Einheit durch die Person des Gläubigers (z. B. Vermögen) oder durch die Person des Schuldners herbeigeführt wird.

Auch hierbei gilt also grundsätzlich Einzelverschaffung von Rechten gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2. Eine Ausnahme hiervon macht § 2034, der die einheitliche Übertragung des Erbanteils eines Miterben gestattet[16]).

Soweit Haftung für Einzelmängel gegeben ist (vgl. oben zu 1. und 2. bei Arglist (§§ 443, 476)), kommen die §§ 434 ff., 440, 320 bis 327 und, soweit es sich um das Eigentum oder um Rechte an Sachen, die zum Besitz der Sache berechtigen, handelt, auch noch die §§ 459 ff., 469 ff. (vgl. § 441) zur Anwendung. Die Frage der Gefahrtragung entscheidet sich nach §§ 440, 323, bzw. §§ 446, 451.

Liegt jedoch ein Kauf in Bausch und Bogen, also eine Haftung für Mängel nur des Inbegriffs, vor, so würden, falls es sich vorwiegend um dingliche Rechte, also Sachinbegriffe, handelt, die oben unter 2 für Sachinbegriffe entwickelten Grundsätze zur Anwendung

---

13) Ebenso: Dernburg, Seite 12; Georgi, Seite 47 ff. (54); wohl auch Gierke Band III, § 192 IV,5 (Seite 451); Oertmann Handb. Seite 353 ff. Komm. Anm. 6c z. § 446 und Anm. 1 zu § 469.
Unklar: Tauber, S. 74. A.M. Staudinger Anm. I,3d zu 446 (nicht grundsätzlich), Planck Anm. 2e zu 446 (n. grundsätzlich); Düringer-Hachenburg Band 5,1, Seite 96 Anm. 108 (nicht grundsätzlich); Motive, Band 2, Seite 324 (nicht allgemein); Adler ZHR. Band 72,388 (414).

14) Dernburg Seite 11/12, Oertmann Handbuch, Seite 355; ROHG. 21, 204.

15) Oertmann, Handb., Seite 356; RGR Anm. 1 zu § 90.

16) RGR. Komm. Anm. 1 Abs. 2 zu § 90.

kommen. Andernfalls würden gemäß diesen Grundsätzen die §§ 437 bis 440, 320 bis 237, insbesondere 325 (Rücktritt) und 323 (Gefahrtragung) entsprechend anzuwenden sein.

Besonderheiten für die Veräußerung von Vermögen und anderen Inbegriffen enthalten noch die §§ 310, 311, 419, 1822 Nr. 1 BGB, 22 ff. HGB und speziell für den Erbschaftskauf die §§ 2371 ff. BGB. Hierbei sind besonders die §§ 2376 Abs. 2, 2380 BGB hervorzuheben, in denen ebenfalls, wie oben unter 2 allgemein entwickelt, die Haftung für Einzelmängel ausgeschlossen und die Gefahrtragung hinsichtlich der Erbschaftsgegenstände schon vom Abschlusse des Kaufvertrages an dem Käufer auferlegt wird.

IV. Der Hoffnungskauf.

Bisher ist bei der Untersuchung, welche veräußerungsfähigen Werte es gibt, die weder Sachen noch Rechte sind, ausgegangen worden von bereits bestehenden Sachen und Rechten, indem unter diesem Gesichtspunkt einzelne körperliche Gegenstände, Teile und Zusammenfassungen von Sachen und Rechten betrachtet wurden. Nunmehr soll geprüft werden, ob veräußerungsfähige Werte vor oder bei der Entstehung und beim Untergang von Sachen und Rechten vorhanden sind.

1. Wesen und Abgrenzung.

Wenn A. von B. ein noch nicht geborenes Kalb, die Beute einer zukünftigen Jagd, den Ertrag eines künftigen Fischzuges, ein bei einer Versteigerung zu erwerbendes Recht oder einen sonstigen noch nicht entstandenen, aber voraussichtlich entstehenden Wert kauft[1]), so kann sich A. verpflichten, entweder den Kaufpreis nur zu zahlen, falls überhaupt ein Kalb geboren oder eine Jagdbeute usw. gemacht wird, oder ihn auf jeden Fall zu zahlen.

Im ersten Fall würde das Risiko der Entstehung der Sache der Verkäufer tragen. Der Gegenwert für den Kaufpreis würde die entstandene oder erworbene Sache, bzw. das Recht sein. Es handelt sich dann um einen durch die Entstehung bedingten Sach- oder Rechtskauf, eine sogenannte emtio rei speratae[2]). Für unsere Untersuchung scheidet dieser Fall daher aus.

Im zweiten Fall handelt es sich um einen hinsichtlich der Entstehung des erwarteten Gegenstandes unbedingten Vertrag[3]). Das Risiko der Entstehung trägt der Käufer. Die Frage nach der Art

---

1) Weitere Beispiele bei Kuchenbaecker, Seite 3.
2) Vgl. Oertmann Komm. II,2 Vorbem. 1b vor 433; Staudinger, Anm. I, 1b zu 433; Planck Anm. 3 Abs. 3 zu 433 (Seite 648).
3) Natürlich kann er wie jeder andere Vertrag in anderer Weise bedingt sein (vgl. Braun, Seite 32).

des Gegenwertes und Kaufgegenstandes ist hierbei schwieriger zu beantworten. Man muß hierbei ausgehen vom Standpunkt der Zeit der Verpflichtung, d. h. des Kaufabschlusses, also fragen, welchen schon zu dieser Zeit bestimmten Vermögenswert der Käufer für sein Geld erhält. Es ist weder eine Sache oder ein Recht noch auch ein bloßes Nichts; denn beides ist noch unbestimmt; auch wird schwerlich jemand für ein Nichts sein Geld ausgeben. Der bestimmte Gegenwert besteht vielmehr lediglich in einer Aussicht und Hoffnung auf die Entstehung und damit Erlangung der Sache oder des Rechts. Diese Hoffnung stellt sich nicht als ein bloßes Gefühl, ein Affekt oder ein „luftiges Etwas" dar, sondern als ein Etwas, das für den Käufer einen gewissen Vermögenswert besitzt[4]). Der Käufer weiß nämlich nunmehr, daß für den Fall der Entstehung er und kein anderer, etwa sein Konkurrent, den Gegenstand erhält. Die Aussicht und Hoffnung kann somit ein entscheidender Wertfaktor für seine geschäftlichen Berechnungen und Pläne sein, insbesondere dann, wenn es sich um die Entstehung eines seltenen, auch von dem Konkurrenzunternehmen begehrten Gegenstandes handelt. Das liegt umso näher, als dieser Gegenstand auch nicht notwendig eine Sache oder ein Recht zu sein braucht, sondern hierunter jeder Vermögenswert fallen kann. Auch ist es rechtlich unerheblich, in welchem Zustande der Entstehung er sich befindet; doch muß die Entstehung möglich und unsicher sein. Andernfalls würde, bei Kenntnis des Käufers von der Unmöglichkeit, Schenkung des Kaufpreises und bei beiderseitiger Unkenntnis Nichtigkeit nach § 306 vorliegen; bei einseitiger Kenntnis des Verkäufers wäre ein Schadensersatzanspruch des Käufers nach § 307 begründet[5]). Abgesehen hiervon bleibt jedoch ohne Rücksicht auf die Natur des erwarteten Gegenstandes die Hoffnung, Aussicht oder Chance als Vermögenswert Vertragsgegenstand. Die entgeltliche Verschaffung dieses Vertragsgegen-

4) Ebenso: Enneccerus-Lehmann § 101, II,3b (Seite 365); Oertmann i. LZ. 1930, Spalte 8 ff.; Hdb. 4,2 Seite 358 Komm. 2,2 Vorbem. 1 vor 433 (Seite 525); Schackow, Seite 3; Braun, Seite 9 ff., 15, 32; Krückmann, Instit. Seite 181; Matthiaß Seite 274; Kuchenbaecker Seite 17 und 39 ff.; Dernburg Band 2,2 § 169 IV (S. 11) Crome Band 2,1 § 212 1b; Titze Seite 111; RGR Komm. Anm. 6a zu 433. Wohl auch: Semeka Seite 124 (Gewinnchance als Wartrecht); Staudinger I,1b; Staub-Koenige Anm. 55 vor 373 HGB.
A. M. Blume Seite 38 (Vertrag eigener Art); Endemann Lehrbuch, Band I § 158 Anm. 16 (Kauf- u. Arbeits- evtl. Spielvertrag); derselbe i. Grünhuts Zeitschr., Band 12, Seite 410 (insbes. u. Berücksichtigung der alten Literatur, des römischen Rechts, der historischen Entwicklung und des gemeinen Rechts), Gierke, Band 3, Seite 439 Anm. 32 (Spielvertrag); Cosack, Band 1, Seite 513 (bedingter Kauf); Kleckow 24 ff. (Dienstvertrag und unbenannter Vertrag); Planck Anm. 3 Abs. 3 zu § 433 (Seite 648) (Vertrag über künftige Sache); Bechstein Seite 24 ff., (29) (Vertrag über die zu gewinnenden Sachen).
5) Braun, Seite 26, 34; Kuchenbaecker 40 ff., RGZ, Band 6, Seite 289 ff. und Seuff. A. Band 48, Seite 403.

standes stellt sich dar als die Veräußerung eines Wertes, der weder Sache noch Recht ist. Sie ist daher hier zu behandeln.

Bevor jedoch die entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften auf den Hoffnungskauf behandelt wird, bedarf es noch einer kurzen Abgrenzung des Hoffnungskaufes gegen andere verwandte Verträge.

Eine Abgrenzung gegen die emtio rei speratae ist bereits oben erfolgt. Für die Auslegung, welche von beiden Vertragsarten im einzelnen bei mangelnder näherer Vertragsbestimmung vorliegt, werden die Höhe des Preises und die Natur des erwarteten Gegenstandes Anhaltspunkte bieten. Der Preis beim Hoffnungskauf wird wegen des großen Risikos des Käufers naturgemäß niedriger sein. Ist nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge mit der Entstehung der Sache in bestimmtem Umfange zu rechnen, wie bei wachsenden Naturerzeugnissen, noch abzutrennenden Bestandteilen, oder werden der Berechnung des Kaufpreises bestimmte Quantitätsangaben zugrunde gelegt (z. B. pro Zentner der zu fangenden Fische 10 RM.), so wird auf emtio rei speratae zu schließen sein. Jedoch dürfte es zu weit gehen, grundsätzlich wie im Allgemeinen Landrecht (§ 531 I, 11) eine Vermutung für die emtio rei speratae aufzustellen[6]).

Da der Verkäufer bei der emtio spei unter Umständen auch verpflichtet ist, zur Verwirklichung der Aussicht tätig zu sein, z. B. die Jagd oder den Fischfang auszuüben, liegt eine gewisse Verwandtschaft mit den Arbeitsverträgen (Dienst- oder Werkvertrag) vor. Während aber hier eine Willensbetätigung, bzw. die Herbeiführung eines Erfolges als Hauptleistung geschuldet wird, ist sie bei dem Hoffnungskaufe nur eine nicht begriffsnotwendige Nebenpflicht. Entsprechendes gilt von der evtl. Pflicht zur Gebrauchsüberlassung und der Abgrenzung gegen Miet- und Pachtverträge. Ist die Entstehung des erwarteten Wertes mehr vom Zufall als von menschlicher Tätigkeit abhängig, so wird man im Zweifel einen Hoffnungskauf anzunehmen haben[7]).

Vom partiarischen Darlehn unterscheidet sich der Hoffnungskauf durch die mangelnde Rückzahlungspflicht, von der Gesellschaft durch das Fehlen eines gemeinsamen, den Käufer und Verkäufer verbindenden Zweckes[8]).

Da der Käufer beim Hoffnungskauf das Risiko der Entstehung des erwarteten Wertes trägt, besteht auch eine Verwandtschaft mit den sog. gewagten Geschäften. Der Unterschied zu dem bereits behandelten Kauf in Bausch und Bogen besteht darin, daß bei diesem nur der Umfang, nicht auch die Entstehung der zu einem Inbegriff

---

6) Vgl. zu Vorstehendem: Kuchenbaecker 16 ff.; Braun Seite 10 Anm. 7, Sobbe, Seite 13 ff, 21.
7) Sobbe 12 ff (21).
8) RGZ. 77, 223 ff.

gehörigen Gegenstände gewagt wird. Bei dem noch zu behandelnden Kauf einer Kundschaft ist bereits ein praktischer Vorteil, der entwicklungsfähig ist, und zwar nicht bloß als Aussicht, vorhanden[9]). Bei einem Versicherungsvertrage besteht der Gegenwert darin, bei dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses, des Versicherungsfalles, bestimmte Zahlungen oder Leistungen zu erhalten. (Vgl. § 1 VVG). Bei dem Spiel und der Wette schließlich sind die Leistungen beider Vertragsteile bedingt, auch fehlt der wirtschaftliche Ernst[10]). Hingegen würde es sich bei dem Kauf eines Loses um den Kauf einer Sache, nämlich eines Wertpapieres handeln, das Träger eines bedingten Rechtserwerbes ist. Da der Eintritt dieser Bedingung ungewiß und der Kaufpreis auch beim Nichteintritt der Bedingung zu zahlen ist, so stellt sich die Aussicht auf den Rechtserwerb als der entscheidende Gegenwert für den Kaufpreis dar. Man wird somit den Loskauf vor der Ziehung auch als Hoffnungskauf ansehen können[11]).

2. Die entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften[12]).

Da es sich bei dem Hoffnungskauf um die entgeltliche und endgültige Übertragung eines Wertes handelt, rechtfertigt sich grundsätzlich die entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften. Die Grenzen der Anwendung müssen sich aus der Natur des Kaufgegenstandes ergeben.

Gemäß § 433 wäre der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Aussicht oder Hoffnung auf die Erlangung des erwarteten Gegenstandes zu verschaffen. Das ist bereits dann geschehen, wenn der Käufer weiß, daß er und kein anderer auf diesen Gegenstand für den Fall seiner Entstehung Anspruch hat. In diese Lage kommt der Käufer bereits durch den Abschluß des Vertrages; denn hierdurch erlangt er einen obligatorischen Anspruch an den Verkäufer, ihm und keinem anderen den erwarteten Gegenstand für den Fall seiner Entstehung zu verschaffen. Hierbei stellt sich jedoch die Begründung des obligatorischen Rechtes nicht als Übertragung eines Rechtsteiles, einer unselbständigen Befugnis, dar. Für den Verkäufer besteht daher zunächst keine Verschaffungs- oder Übertragungspflicht[13]). In den Rahmen der Verschaffungspflicht fällt jedoch die Erfüllung des obligatorischen Anspruchs auf Übertragung des entstandenen Wertes. Ist dieser Wert eine Sache oder ein Recht, so ergibt sich die Art der Übertragungs- oder Verschaffungspflicht aus

9) So auch Kuchenbaecker Seite 50 unrichtig Bechstein 24 ff. und Kleckow 26.
10) Kuchenbaecker 47 ff., 51 ff.; RGR. Komm. Anm. 1 zu § 762; Planck Anm. III,1 vor § 762; Staudinger Anm. II,1 zu § 762.
11) Kuchenbaecker 47 ff, 51 ff.; Krückmann Institut. Seite 181/82; Oertmann LZ. 1930, Seite 7 ff., Spalte 15; Winkelstein, Seite 19.
12) Motive, Band 2, Seite 320.
13) Braun Seite 34; Kuchenbaecker 20, 23.

§ 433; andernfalls entspricht sie der hier für die einzelnen Werte erörterten Übertragungspflicht. Zu übertragen ist der gesamte entstandene Wert, auch wenn er im Verhältnis zum Kaufpreis als unangemessen hoch erscheint. Meistens wird sich jedoch aus den Umständen ein Vertragswille dahin ergeben, daß auch der Kreis der erwarteten Gegenstände ein beschränkter sein soll. So wird sich z. B. beim Kauf der Ausbeute eines Fischzuges die Übertragungspflicht nur auf die gefangenen Fische, nicht auch auf andere wertvolle (z. B. Bernsteine, Perlen, „ein goldener Tisch") oder wertlose Gegenstände zu erstrecken haben[14].

Neben dieser Hauptpflicht zur Verschaffung kann sich aus der Natur des erwarteten Gegenstandes für den Verkäufer noch als Nebenpflicht ergeben, zur Entstehung des Wertes entweder selbsttätig zu werden, z. B. auf die Jagd zu gehen, oder dem Käufer den eigenen Gebrauch oder die Nutzung von Gegenständen zu gestatten, z. B. ihm selbst die Jagdausübung oder die Fischerei zu gestatten. Es handelt sich aber hierbei, wie bereits hervorgehoben, nur um eine schon durch den Kaufpreis abgegoltene Nebenleistung, die für die Natur des Vertrages nicht ausschlaggebend ist[15]). Bei schuldhafter Vertragsverletzung, z. B. bei Verhinderung der Entstehung des erwarteten Gegenstandes würden die Grundsätze der §§ 440, 320 ff. eingreifen[16]).

Gemäß §§ 433 Abs. 2, 320 kann der Käufer den Kaufpreis bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Da diese Gegenleistung bei dem Hoffnungskauf nicht bloß in einer Verpflichtung, sondern auch für den Fall der Erfüllung der Hoffnung in einer Verschaffung besteht, so braucht der Käufer den Kaufpreis erst zu zahlen entweder, wenn feststeht, daß der erwartete Gegenstand nicht entstanden ist, oder, wenn, für den Fall der Entstehung, der Verkäufer ihm den gesamten entstandenen Wert übertragen hat[17]).

Verschieden von der Frage nach dem Zeitpunkt der Zahlung des Kaufpreises ist die Frage, inwieweit der Kaufpreis auch bei zufälliger Nichterfüllung der Hoffnung zu zahlen ist, d. h. die Frage nach der Gefahrtragung. Hierzu ist bereits bei der Erörterung des Wesens des Hoffnungskaufes ausgeführt worden, daß das Risiko der Erfüllung der Hoffnung im Gegensatz zur emtio rei speratae der Käufer trägt, daß also der Käufer auf jeden Fall, auch bei einer zufälligen Nichtentstehung des erwarteten Gegenstandes, den Kaufpreis zahlen muß[18]). Es ist daher auch eine entsprechende Anwendung des § 446 gerechtfertigt, wenn man berücksichtigt, daß unter der „Übergabe der verkauften Sache" die Einräumung der Hoffnung,

---

14) Braun, Seite 36; Kuchenbaecker, Seite 23.
15) Braun, Seite 42; Kuchenbaecker, Seite 21, 40.
16) Braun 37 ff.; Kuchenbaecker 41 ff. 44.
17) Braun, Seite 38/39; Kuchenbaecker, Seite 44 und 23 ff.; Blume, S. 37.
18) Braun, Seite 40, 44; Kuchenbaecker, Seite 39.

d. h. die Eingehung der Verpflichtung, den gegebenenfalls entstehenden Gegenstand dem Käufer zu verschaffen, also der Zeitpunkt des Vertragsschlusses verstanden werden muß. Unerheblich ist hierbei, wann „der zufällige Untergang oder die zufällige Verschlechterung" der spes eintritt, ob also z. B. überhaupt keine Fische gefangen werden oder ob der bereits erfolgte Fang wieder verloren geht, indem z. B. die Netze reißen, sofern nur den Verkäufer kein Verschulden trifft.

Da bei dem Hoffnungskauf der Kaufgegenstand weder eine Sache noch ein Recht ist, Sachen oder Rechte gegebenenfalls nur Objekte der spes sind, ist auch eine Haftung des Verkäufers für Mängel der etwa später entstandenen Rechte oder Sachen nicht gegeben[19]). Eine entsprechende Anwendung der Gewährleistungsvorschriften hinsichtlich der Hoffnung als Kaufgegenstand wird auch dadurch ausgeschlossen, daß man von Fehlern, Mängeln oder Eigenschaften einer Aussicht oder Hoffnung nicht sprechen kann. Wohl ist die spes als Kaufobjekt nicht bloß ein subjektiver vager Gefühlswert, sondern ein in gewissem Umfange abschätzbarer Vermögenswert, der sich im wesentlichen herleiten wird aus den bisherigen Ergebnissen ähnlicher Erwartungen, z. B. früherer Jagden oder Fischfänge. Wenn der Verkäufer hinsichtlich dieser für die Berechnung des Hoffnungswertes und damit des Kaufpreises maßgebenden Umstände den Käufer arglistig täuscht, entweder durch unrichtige Zusicherungen oder durch arglistiges Verschweigen, so könnte der Käufer den Vertrag gemäß § 123 BGB anfechten oder gemäß §§ 823, 826 gegenüber der Kaufpreisforderung die Einrede der Arglist (exceptio doli specialis) geltend machen.

V. Die Befreiung von Lasten.

Nach den Werten bei der Entstehung von Sachen oder Rechten ist das Vorhandensein von Werten durch den Untergang von Sachen oder Rechten zu behandeln.

Sachen können für den Eigentümer z. B. dadurch, daß sie überflüssig oder abgenutzt werden, ihren ursprünglichen Wert derartig verlieren, daß sie für ihn nunmehr eine Belastung darstellen und für ihn ihre Vernichtung oder Fortschaffung einen Wert darstellt, z. B. bei altem Hausgerümpel. Wenn er für die Erlangung dieses Wertes, der Befreiung von einer Belastung, einem Dritten ein Entgelt gibt, so handelt es sich jedoch um die Bezahlung von Diensten oder eines Arbeitserfolges. Es kämen also nur die Vorschriften über den Dienst- oder Werkvertrag zur Anwendung. Entsprechendes würde gelten, wenn ein Dritter ein Interesse an der Vernichtung einer dem Eigentümer gehörigen Sache hätte.

19) Braun, Seite 48; Kuchenbaecker, Seite 46 ff. und 25 ff.

Ein Interesse an dem Untergang von Rechten hat neben dritten Personen insbesondere der Schuldner. Der Wert für ihn besteht in der Befreiung von dieser für ihn sich darstellenden Last. Bei einem entgeltlichen Erwerb dieses Wertes handelt es sich nicht um einen Rechtskauf; denn die Pflicht des Veräußerers besteht nicht darin, einem anderen ein Recht zu verschaffen, sondern darin, ein Recht zu vernichten. Ein Verkauf von Rechten an den Schuldner kann insbesondere dann nicht vorliegen, wenn es sich um obligatorische Rechte, die dann durch Konfusionen erlöschen würden(im Gegensatz zu den dinglichen Rechten vergl. § 889) oder um unübertragbare Rechte handelt. Der in der Befreiung von einer Last für den Schuldner liegende Wert ist jedoch der gleiche und ist unabhängig davon, ob der Gläubiger selbst den Untergang seines Rechts und damit die Befreiung des Schuldners herbeiführt oder ob der Gläubiger sein Recht an den Schuldner verkauft und abtritt und dieser dann das Recht aufgibt. Der Wert des Rechtes des Gläubigers ist für den Schuldner also identisch mit dem Wert aus der Befreiung von der durch das Recht sich ergebenden Belastung des Schuldners. Diese wirtschaftliche Gleichheit der Werte rechtfertigt es, auf die Veräußerung des durch die Befreiung von einer Last für den Schuldner entstehenden Wertes die Vorschriften über den Verkauf eines Rechtes, nämlich des die Belastung begründenden Rechtes entsprechend anzuwenden[1]).

Im einzelnen hätte also der Gläubiger (Verkäufer) das Recht aufzugeben durch Erlaß, Verzicht oder Löschungsbewilligung, und, falls das Recht zum Besitz einer Sache berechtigte, die Sache dem Schuldner (Käufer) zurückzugeben (§ 433).

Der Gläubiger haftet dafür, daß keine Rechte Dritter an dem Rechte bestehen bleiben (vgl. § 1276), daß also eine wirksame Aufgabe des Rechtes stattgefunden hat (§§ 434, 435) und daß die Belastung überhaupt und in dem zugrunde liegenden Umfange bestanden hatte (§ 437). Entsprechend gilt § 439 bei Kenntnis des Schuldners von einem Mangel der Befreiung und § 440 für die Rechte des Schuldners bei Verletzung der Gläubiger-(Verkäufer)-Pflichten.

VI. Energien.

Nachdem bisher das Vorhandensein von besonderen Werten bei der Teilung oder Zusammenfassung, der Entstehung oder dem Untergang von Sachen oder Rechten behandelt worden ist, bleibt

1) Planck 3b zu § 433 Windscheid-Kipp Pandekten, Band 2 § 385 Anm. 5 (Seite 677); OLG. München i. Z. f. Rechtspflege in Bayern, Band 6 1910, Seite 200 = Recht 1910 Nr. 1233 = Seuff. Bl. 75, 428; Protokolle II, 51 ff.; Oertmann Komm. 1b vor 433; a. M. Oertmann Hdb. Seite 356; a. M. Adler Archiv zivil. Praxis 109, 321.

nunmehr, soweit die Untersuchung noch im Zusammenhang mit Sachen und Rechten steht, noch zu prüfen, ob aus Sachen oder Rechten Werte, die weder Sachen noch Rechte sind, entstehen können, und zwar unter Erhaltung des ursprünglichen (Mutter-) Gegenstandes. Es erhebt sich also die Frage, ob es Nutzungen (§ 100 BGB), die weder Sachen noch Rechte sind, gibt. Hierunter würden zunächst alle Gebrauchsvorteile fallen. Sie kommen jedoch für unsere Untersuchung nur insoweit in Betracht, als sie von dem Muttergegenstand losgelöst und unabhängig übertragen werden können. Es scheiden also insbesondere aus obligatorische Befugnisse (s. o.), Eigenschaften von Sachen, geistige Genüsse. Hier würde es sich bei einer endgültigen Veräußerung nur um Kauf der Sache oder des Rechtes, von dem diese Werte nicht getrennt werden können, handeln. Als Nutzungen, die in den Rahmen unserer Untersuchung passen, verbleiben nur sogenannte Energien.

1. Wesen und Übertragbarkeit.

Unter Energie im physikalischen Sinne wird die Fähigkeit einer Sache, Arbeit zu leisten, verstanden[1]). Die Frage, ob die Energien zu den Sachen im Sinne des Gesetzes zu rechnen sind, ist nicht unbestritten; sie muß jedoch mangels Körperlichkeit (§ 90 BGB) verneint werden[2]). Als Formen der Energie werden in der Physik unterschieden die mechanische, thermische, optische, chemische und elektrische Energie. Eine Sache besitzt mechanische Energie, wenn sie vermöge ihrer Schwere oder Elastizität Arbeit leistet, z. B. ein Wasserfall treibt eine Mühle. Bei der thermischen Energie beruht diese Fähigkeit in der Wärme und der dadurch bedingten Ausdehnungstendenz eines Körpers, z. B. des Dampfes bei einer Dampfmaschine; bei der optischen Energie liegt sie in der Fähigkeit der Beleuchtung und bei der chemischen Energie in dem Vereinigungsstreben der Atome, z. B. vermag Kohle dadurch, daß sich der Kohlenstoff mit dem Sauerstoff der Luft chemisch zu verbinden sucht, Wärme zu erzeugen und somit Arbeit zu leisten. Die elektrische Energie schließlich beruht auf dem Spannungsunterschied der beiden Pole.

Die Energien in ihren verschiedenen Formen sind zwar stets

---

1) Schlecht, Seite 2 ff.; Schlecht (Seuff.), Seite 12; Canaris, Seite 6/7.

2) RGR. Kom. Anm. 2 zu § 90 (Kraft); Kohler, Seite 70 (Kraft); Budde, Seite 53 (Phänomen); Plenske, Seite 41, 48 (Phänomen); Jung, Bürgerliches Recht, Seite 923 (Spannkraft); Canaris, Seite 14 (keine Sache); RGZ. 17, 269 (271) (Kraft); RGZ. 67, 229 (232) (kein Körper, wohl aber Ware); RGSt. 32, 165 ff. (185) (Kraft);
a. M.: Pfleghart (Arch.), Seite 315 (Sache); Graßhoff, Seite 30 (Sache, durch Analogie); Blaß, Seite 12 ff. (Sache); Simeon-David, Seite 152 (Sache); vgl. ferner RGZ. 86, 12/13; 56, 403 (408).

an körperliche Träger gebunden[3]), sie sind jedoch von dem einen zum andern Körper übertragbar. Eine Ausnahme von dieser selbständigen Übertragbarkeit macht lediglich die chemische Energie[4]).

Da diese Energien nicht „aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen" werden (§ 99 BGB), wird man sie im Rechtssinne nicht als Früchte, sondern als Gebrauchsvorteile, allgemein also als Nutzungen einer Sache ansehen können (§ 100 BGB)[5]).

2. Die entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften.

Abgesehen von der chemischen Energie stellt also die Energie als solche einen übertragbaren Wert dar, der weder Sache noch Recht ist. Eine Veräußerung dieses Wertes allein, ohne endgültige oder teilweise Überlassung des körperlichen Energieträgers hätte zur Voraussetzung, daß die Energie von einer dem Veräußerer gehörigen Sache auf eine dem Erwerber gehörige Sache übertragen und daß nicht die Herstellung der Energie oder die Herbeiführung des durch die Verwendung der Energie bezweckten Erfolges geschuldet wird. Das Hauptbeispiel für einen solchen Energieveräußerungsvertrag bildet die Lieferung elektrischen Stromes. Weniger praktische Beispiele wären die Ausnutzung eines fremden Wasserfalles etwa durch teilweise Umleitung durch das eigene Grundstück, Lieferung von Wärme, etwa zur Speisung einer Zentralheizung, oder von Licht zur Beleuchtung einer Fassade[6]).

Ein derartiger Energielieferungsvertrag fällt hiernach unter keine der vom BGB geregelten Vertragsformen. Ein Kauf liegt nicht vor, weil die Energie keine Sache ist. Wenn der Lieferant, wie bei dem bloßen Energiekauf unterstellt werden muß, nicht verpflichtet ist, die Energie selbst herzustellen oder zur Herbeiführung eines Erfolges oder sonstwie tätig zu werden, vielmehr lediglich das Ergebnis einer Tätigkeit bezahlt wird, entfällt die Anwendung der Vorschriften über den Werklieferungs-, Werk- oder Dienstvertrag. Da schließlich die Energie selbst und nicht bloß ihre Frucht oder ihr Gebrauch, auch nicht die Überlassung des Energieträgers (z. B. des Dynamos) zur eigenen Gewinnung der Energie geschuldet wird, so kommt auch ein Miet- oder Pachtvertrag weder hinsichtlich der Energie noch hinsichtlich des Energieträgers in Betracht[7]).

---

3) Unrichtig Graßhoff, Seite 35.
4) Im einzelnen auf die physikalischen Erscheinungen einzugehen, würde den Rahmen unserer Untersuchung überschreiten; es muß hier genügen, die vorhandenen Formen und Eigenschaften der Energien lediglich kurz aufzuzeigen. Vgl. im einzelnen hierzu: Budde, Seite 1 ff., 51 ff.; Canaris, Seite 6 ff.; auch Voigt, Seite 308 ff.
5) RGR.Kom. Anm. 4 zu § 99.
6) Vgl. Budde, Seite 3 ff., 86 ff.; Voigt, Seite 310.
7) Literatur s. zu Anm. 8.

Am nächsten kommt der Energielieferungsvertrag jedoch dem Kaufvertrag; denn es handelt sich bei der Energie um einen Wert, der meß- und wägbar, transportierfähig und beherrschbar wie ein körperlicher Gegenstand ist und auch im Verkehr wie eine Sache behandelt wird[8]). Auch in der Rechtslehre ist der Elektrizität vereinzelt sogar die Eigenschaft einer Sache beigelegt worden[9]). Diese Umstände rechtfertigen es, bei dem Energielieferungsvertrage nicht von einem Vertrage eigener Art[10]) oder einem Zuleitungs- oder Abonnementsvertrage[10]), sondern von einem kaufähnlichen Vertrage zu sprechen. Große praktische Bedeutung kommt ihm allerdings, wie schon hervorgehoben, nicht zu. Selbst bei dem häufigsten Fall, dem Elektrizitätslieferungsvertrage, sind die Rechtsverhältnisse fast ausschließlich durch besondere Lieferungsbedingungen der Elektrizitätswerke geregelt[11]). Hier wären dann allenfalls zur Ergänzung und Auslegung die entsprechend anzuwendenden Vorschriften über den Sachkauf heranzuziehen.

Bei der Untersuchung der entsprechenden Anwendbarkeit der Kaufvorschriften im einzelnen soll der Betrachtung auch nur der Elektrizitätslieferungsvertrag als das praktisch wichtigste Beispiel zugrunde gelegt werden. Die Anwendung der Kaufvorschriften auf andere Energielieferungsfälle ergibt sich dann sinngemäß.

Von einer Übergabe der elektrischen Energie und einer Eigentumsverschaffung im Sinne des § 433 kann zwar mangels Körperlichkeit nicht gesprochen werden. Wohl aber ist der Verkäufer sinngemäß verpflichtet, die Energie in die Herrschaftssphäre des Käufers zu verbringen[12]). Hierzu ist, da die Energie an körperliche Träger gebunden ist, eine besondere Anlage, die Leitung zur Heranschaffung und der sogenannte Zähler zur Messung der Energie, erforderlich. Die Kosten hierfür treffen als „Kosten der Übergabe" gemäß § 448 den Verkäufer[13]). Der Zähler bildet zugleich die

8) Vgl. zur Vertragsnatur des Energie- speziell Elektrizitätslieferungsvertrages: Plenske, Seite 52 ff. (Vertrag eigener Art); Pfleghart (Arch.), Seite 315 ff. (Miete evtl. auch Kauf); Pfleghart, Seite 227 ff., 296 (Miete); Schlecht (Seuff.), Seite 34 ff. (Werkvertrag); Schlecht, Seite 6 ff. (Vertrag eigner Art, Energievertrag); Graßhoff, Seite 44 ff. (Kauf), mit weiterer Literatur; Nießen, Seite 25 ff., 36 (Kauf), mit weiterer Literatur; Jung, Bürgerl. Recht, Seite 788, 871 (Werkvertrag); Kohler Seite 118 (Werkskauf); Enneccerus-Lehmann, § 101,II,5 (Kauf); Canaris, Seite 18 ff., 29 ff. (Kauf); Schaar, Seite 22 ff. (Werkvertrag); Jaeger in LZ. 1912, Sp. 286 ff. (294) (Kauf); Blaß, S. 43 ff (Vertrag eigener Art, Zuleitungsvertrag); Staudinger, Band II,2 Anm. I,4a zu § 581 (Kauf); RGR. Kom. Anm. 2 zu § 90, Anm. 6a zu § 433 (Werkvertrag); RG. Recht 1930 Nr. 1026 = JW. 1930, 1924 (Kauf).

9) Vgl. Anm. 2.

10) Vgl. Anm. 8.

11) Vgl. Schlecht, Seite 77 ff.; Canaris, Seite 50 ff.; Schaar, Seite 14 ff.

12) Kohler, Seite 71.

13) Blaß, Seite 61.

Grenze zwischen der Herrschaftssphäre des Verkäufers und des Verbrauchers und läßt somit nicht bloß das Maß der gelieferten Energie, sondern auch den Ort und die Zeit der „Übergabe" und damit auch den Umfang und die Grenzen der Gefahrtragung feststellen. Entweicht also hinter dem Zähler Energie, so muß der Käufer den vollen Kaufpreis zahlen. Geht sie schon vor dem Eintritt in den Zähler verloren, so geht der Verlust zu Lasten des Lieferanten (§ 446)[14].

Als Mangel, Fehler oder fehlende zugesicherte Eigenschaft, die gemäß §§ 459 ff zur Gewährleistung verpflichten, wird allgemein jede regelwidrige Beschaffenheit, die nach der Verkehrsauffassung die Brauchbarkeit beeinträchtigt, insbesondere eine Schwankung von Spannung und Stromstärke anzusehen sein[15]). Die Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche würde gemäß § 477 sechs Monate betragen.

VII. Besitz.

Standen die bisherigen Untersuchungen insofern im Zusammenhang mit Sachen und Rechten, als es sich um die Feststellung von Werten bei der Teilung oder Zusammenfassung, der Entstehung oder dem Untergang oder von Werten als Nutzungen von Sachen und Rechten handelte, so ist nunmehr das Vorhandensein aus dem begrifflichen Gegensatz von Sachen und Rechten zu prüfen. Es ist also zu fragen: Welche unkörperlichen Werte gibt es, die sich nicht als von der Rechtsordnung verliehene Macht darstellen?

Den Rechten und Sachen am nächsten steht in dieser Beziehung der Besitz einer Sache; denn er stellt sich, wenigstens nach herrschender Auffassung, als ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis über eine Sache dar, dem vom Gesetz ein gewisser rechtlicher Schutz verliehen ist[1]) (§§ 854 ff). Die entgeltliche Veräußerung des Besitzes als eines Wertes, der weder Sache noch Recht ist, ist daher hier zu behandeln. Auszuscheiden sind hierbei jedoch die Fälle, wo der Besitz als bloße Begleiterscheinung eines Rechtes auch nur mit diesem übertragen oder begründet werden kann, wie z. B. bei dem Nießbrauchs-, Pfand-, Miet- oder Pachtbesitz; denn in diesen Fällen würde es sich entweder um einen Rechtskauf oder, bei Begründung obligatorischer Rechte, um Miet-, Pacht- oder sonstige Verträge handeln (s. o.). Es verbleiben also im wesentlichen die Fälle einer Veräußerung des Eigenbesitzes (§ 872). Ein derartiger

14) Blaß, Seite 57; Pfleghart, Seite 326 ff.
15) RG. in Recht 1930 Nr. 1026 = Warn. 1930, Seite 216 = JW. 1930, 1924 = HRR. 1930 Nr. 1210 = Seuff. A. 84, 234; Canaris, Seite 32; a. M. Pfleghart, Seite 271 ff, 366 ff.; Blaß, Seite 60 ff., Seite 67; Schlecht, Seite 8.
1) RGR. Kom. Vorbem. vor § 854.

Fall würde z. B. vorliegen, wenn der bestohlene Eigentümer, um einen Prozeß zu vermeiden, die gestohlene Sache vom Hehler zurückkauft[2]). Ein weiteres Beispiel gibt das Gesetz in § 943 BGB.

Derartige Besitzveräußerungsverträge sind rechtlich ähnlich und wirtschaftlich gleichartig mit den Fällen, in denen eine Sache unter Ausschluß oder Vorbehalt der Eigentumsverschaffung verkauft wird. Eine derartige Ausschließung braucht aber nicht immer, weder ausdrücklich noch stillschweigend, vorzuliegen oder sich von selbst zu verstehen. Immerhin rechtfertigt die wirtschaftliche Gleichheit, auf die Besitzveräußerungsverträge ebenfalls die Vorschriften über den Sachkauf insoweit entsprechend anzuwenden, als nicht Eigentumsverschaffung geschuldet wird[3]).

Der Veräußerer hätte also dem Käufer lediglich die Sache zu übergeben (§ 433). Etwaige gutgläubig erworbene Rechte Dritter an der Sache (vgl. § 1207) müßte er beseitigen (§ 434). Der Gefahrübergang würde grundsätzlich mit der Übergabe erfolgen (§§ 446, 447); die Übergabekosten hätte gemäß § 448 der Veräußerer zu tragen. Der Verkäufer hätte schließlich auch gemäß §§ 459 ff Gewähr zu leisten für Mängel der Sache, deren Besitz übertragen wird; denn die Anwendung dieser Vorschriften setzt nicht zwingend eine Eigentumsverschaffung voraus; ihre entsprechende Anwendung wird vielmehr z. B. auch in den Fällen bejaht, wo bei der Veräußerung eines Rechtes, das zum Besitz einer Sache berechtigt, gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 die Sache zu übergeben ist[4]).

VIII. Freiheitsbefugnisse.

Der Wert des Besitzes beruht, abgesehen von dem beschränkten rechtlichen Schutz, im wesentlichen auf der Fähigkeit und dem Willen, eine Sache zu beherrschen. Dieser Wille ist letzthin ein Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit. Diese Freiheit besitzt insoweit keinen Veräußerungswert, als sie im einzelnen jedem zusteht und nicht beschränkt ist; denn für das, was man an sich schon tun kann, gibt man kein Geld als Gegenwert. Wenn jeder Dorfbewohner aus dem Dorfteich beliebig viel Wasser schöpfen kann, wird er für die Wasserentnahme seinem Nachbarn nichts bezahlen. Der Wert der Handlungsfreiheit tritt jedoch, ähnlich wie bei Sachen mit der Knappheit, dann in Erscheinung, wenn die allgemeine Freiheit aus tatsächlichen Gründen oder durch die Rechtsordnung irgendwie beschränkt wird. Wer, wie zur Zeit der Kriegs-

---

2) Enneccerus-Lehmann, § 101,II,2.
3) Leonhard, Schuldrecht, Seite 5; Enneccerus-Lehmann, § 101,II,2; Dernburg, II,2 § 169,II; Oertmann, Komm. Anm. 1b, α vor § 433; Planck, Anm. 3a Abs. 2 zu § 433; Recht 1924 Nr. 811.
4) RGR. Komm. Anm. 1 zu § 459; Oertmann, Komm. 1b zu § 459; Planck, Anm. 1a Abs. 5 zu § 459 mit weiterer Literatur; OLG. 25,11.

wirtschaft, wöchentlich nur 20 Gramm Butter kaufen darf, der bezahlt auch einem andern gern dafür etwas, wenn er die diesem zustehende Portion erwerben kann. Die sonst im Hinblick auf einen Erwerb für wertlos gehaltene Handlungsfreiheit ist dann also zu einem grundsätzlich veräußerungsfähigen Wert geworden. Da dieser Wert aus einer tatsächlichen oder rechtlichen Beschränkung, nicht jedoch durch besonderen Schutz, durch Verleihung oder Garantie seitens der Rechtsordnung entstanden ist, ist er kein Recht, sondern lediglich eine tatsächliche auf der Handlungsfreiheit beruhende Befugnis[1]).

Die entgeltliche Veräußerung einer solchen Freiheitsbefugnis ist in der Rechtsprechung[2]) praktisch geworden im Anschluß an eine Verordnung aus der Kriegswirtschaft betreffend Einschränkung der Malzverwendung in den Bierbrauereien vom 15. 2. 1915 (RGBl. 1915, Seite 97). Hiernach sollte durch die zuständige Steuerbehörde für jede Brauerei festgesetzt werden, welche Malzmenge sie im März 1915 und in den folgenden Vierteljahren verwenden durfte (§ 2). § 3 dieser Verordnung bestimmt nun:

> „Wenn eine Bierbrauerei im Monat März 1915 oder in einem Vierteljahre die für diesen Zeitabschnitt festgesetzte Malzmenge nicht verwendet, darf sie die ersparte Menge im folgenden Vierteljahr verwenden oder sie ganz oder teilweise auf eine andere Bierbrauerei innerhalb des nämlichen Brausteuergebietes übertragen."

Ein Beispiel aus der neueren Gesetzgebung wäre § 1 der Verordnung über die gewerbsmäßige Herstellung von Erzeugnissen der Margarinefabriken und Ölmühlen vom 23.3.33 (RGBl. I, S. 145):

> „Jeder im deutschen Zollgebiet gelegene Betrieb, der gewerbsmäßig Margarine, Kunstspeisefett . . . herstellt, darf in der Zeit vom 27. März bis zum 30. Juni 1933 von jedem der genannten Erzeugnisse höchstens 50 v. H. der Menge herstellen, die er in der Zeit vom 1. Oktober bis zum 31. Dezember 1932 hergestellt hat."

Wenn auch diese Freiheitsbefugnisse Werte darstellen, die weder Sachen noch Rechte sind, so läßt sich doch immerhin eine größere Änlichkeit mit den Rechten als mit den Sachen feststellen. Es handelt sich in beiden Fällen um eine Befugnis im Sinne eines Dürfens. Während die Rechtsbefugnisse durch die Rechtsordnug verliehen und garantiert sind, beruhen die Freiheitsbefugnisse auf der durch die Rechtsordnung beschränkten Handlungsfreiheit. Auf die entgeltliche Veräußerung der Freiheitsbefugnisse werden daher

---

1) Vgl. RGZ. 51,369 (373 a. E.).
2) OLG. 38,80 = Ztschr. f. Rechtspfl. in Braunschweig, Band 64 (1917), Seite 60 ff.

speziell die Vorschriften über den Rechtskauf entsprechend anzuwenden sein, soweit sie sich durch die Natur des Kaufgegenstandes nicht von selbst ausschließen[3]). Praktisch zur Anwendung kommen werden daher nur die §§ 433, 437, 440.

Hiernach hätte der Veräußerer den Käufer in die Lage zu versetzen, an seiner Stelle die Freiheitsbefugnis auszuüben. Er hat also seinerseits die Ausübung zu unterlassen und hat die Ausübung durch den Käufer zu dulden. Hierzu können im einzelnen noch Verpflichtungen zur Anzeige an die Aufsichtsbehörde und zur Übergabe bestimmter öffentlicher Urkunden[4]) treten. Da die Freiheitsbefugnisse nicht Gegenstand von Rechten sein können, entfällt eine entsprechende Anwendung des § 434. Gemäß § 437 haftet der Verkäufer für den tatsächlichen Bestand, insbesondere auch den Umfang der ihm zustehenden Freiheitsbefugnis. Bei Nichterfüllung der Verkäuferpflichten schließlich würden die §§ 440, 320—327 BGB eingreifen.

IX. Geheimnisse.

Bei Besitz und Freiheitsbefugnissen stand die Wertentstehung noch im Zusammenhang mit der Rechtsordnung, wenn auch, wie bei den Freiheitsbefugnissen, nicht durch eine Förderung, sondern durch eine Beschränkung seitens der Rechtsordnung ein Wert entstand. Es soll nunmehr noch geprüft werden, welche veräußerungsfähigen Werte, die weder Sachen noch Rechte sind, dem Menschen ohne Einfluß durch die Rechtsordnung entstehen können. Solche wertbildenden Faktoren können, allgemein gesprochen, in der Betätigung des menschlichen Willens und Geistes und in den Beziehungen zur Umwelt, d. h. dem (vorwiegend wirtschaftlichen) Verkehr der Menschen untereinander oder kurz, wenn auch etwas ungenau, in der menschlichen Innen- und Außenwelt liegen. Allerdings wird sich im einzelnen eine scharfe Trennung zwischen beiden Wertgruppen schon deshalb nicht durchführen lassen, weil die Bildung jeglicher Veräußerungswerte und -preise einen wirtschaftlichen Verkehr der Menschen untereinander zur Voraussetzung hat. Es soll im folgenden zunächst von der ersten Gruppe ausgegangen werden.

Zu den weder Sachen noch Rechte darstellenden Werten, die vorwiegend durch den menschlichen Geist und Willen begründet werden, gehören Gedanken, Pläne, Kenntnisse, Erfindungen. Ebenso wie bei Sachen die Bildung von Veräußerungswerten zur Voraussetzung hat, daß die Sachen nicht allen zugänglich sind —, denn sonst wäre eine Veräußerung nicht erforderlich — so ist bei den Geisteswerten für die Bildung eines Veräußerungswertes entscheidend, daß sie nicht allgemein bekannt sind. Neben dem sachlichen oder

3) OLG. 38,80.

4) Insofern würde, ähnlich den Wertpapieren, zugleich ein Sachkauf vorliegen.

geistigen Produkt ist also, positiv ausgedrückt, wertbildender Faktor bei den Sachen die Knappheit oder Seltenheit, bei den Geisteswerten die Geheimhaltung. Für die Untersuchung, inwieweit auf die entgeltliche Veräußerung von Werten, die weder Sachen noch Rechte sind, die Kaufvorschriften anzuwenden sind, kommen von den durch den menschlichen Willen oder Geist begründeten Werten daher nur sogenannte Geheimnisse in Betracht.

1. Wesen und Übertragbarkeit.

Das Geheimnis setzt ein bestimmtes Wissen voraus, das nicht allgemein oder im Kreise der Interessenten bekannt ist und auch nicht bekannt werden soll, es ist „diejenige Kenntnis, deren Gegenstand nicht offenkundig ist und auch nicht offenkundig werden soll“ [1]), seine begrifflichen Elemente sind also Kenntnis, Ausschluß der Offenkundigkeit und Geheimhaltungswille[2]). Unerheblich für die rechtliche Beurteilung ist der Gegenstand, worauf sich das Geheimnis bezieht[3]). Im Rechtsverkehr, insbesondere für die Veräußerung sind am praktischsten das technische Betriebs- und das kaufmännische Geschäftsgeheimnis[4]). Ein Geheimnis kann zum Recht werden, wenn es sich z. B. um eine patenfähige Erfindung im Sinne des § 1 des Patentgesetzes handelt. Hier würde dann ein Rechtskauf vorliegen. Nach herrschender Meinung ist außer dem Patent auch der sogenannte Erfindungsbesitz, d. h. die patentfähige Erfindung vor der Anmeldung, ein Recht, da er über den Wert eines bloßen Geheimnisses hinaus fähig ist, zum Patenrechte gesteigert zu werden. (Vgl. §§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 1, 5 Pat. Ges.)[5]). Es scheiden also für unsere Untersuchung aus einerseits nicht geheimgehaltene geistige Werte, z. B. Mitteilung eines Gedankens[6]), andererseits patenfähige Erfindungen vor und nach der Anmeldung; es verbleiben nicht patentfähige Geheimnisse.

Gegen die für die Veräußerung erforderliche Übertragbarkeit eines Geheimnisses könnten Bedenken daraus hergeleitet werden, daß der Veräußerer trotz Mitteilung des Geheimnisses an den Erwerber stets eine Mit-Kenntnis behält, daß also der Erwerber nicht in die Stellung des Veräußerers, allein die Kenntnis des Geheimnisses zu besitzen, gelangen kann[7]). Diese Bedenken gegen die Ver-

1) Seligsohn, Seite 10 ff.
2) Raue, Seite 10; Schackow, Seite 30; RG. LZ. 1914, Sp. 1896, Nr. 16.
3) a. M. Raue, Seite 10, der das gewerbliche Geheimnis besonders behandelt.
4) Schackow, Seite 30 ff.; Raue, Seite 10 ff., beide mit Beispielen.
5) Isay, Komm. Seite 120 und 136 ff. mit weiterer Literatur; Adler, IHR. 65, 200 ff. (214) mit weiterer Literatur; Schackow, Seite 33; Raue, Seite 11; RGZ. 37,41 (43); 75, 225 (228); Schlie, Seite 77 a. M. Seligsohn, Seite 103 ff. mit weiterer Literatur.
6) Oertmann, Handb. Seite 359; Recht 1913 Nr. 3227 = Gruch. 58, 655.
7) Schackow, Seite 31.

äußerungsmöglichkeit greifen jedoch nicht durch; denn ein geistiger Wert verliert noch nicht dadurch die Eigenschaft eines Geheimnisses, daß er dem einen oder anderen Interessenten, sondern erst dann, wenn er sämtlichen Interessenten bekannt geworden ist[8]). Allerdings ist für den Erwerber das Geheimnis durch die Mitkenntnis des Veräußerers entwertet. Diese Entwertung kann für ihn jedoch dadurch wieder ausgeglichen werden, daß sich der Veräußerer so verhält, als besäße er keine Kenntnis[9]). Eine Übertragung eines Geheimnisses wäre also möglich. Sie hätte dadurch zu erfolgen, daß der Veräußerer dem Erwerber die geheimgehaltene Kenntnis vermittelt, und zwar unter Umständen durch längere Erklärung und Erläuterung, z. B. eines schwierigen Verfahrens, daß er ihm gegebenenfalls das Eigentum an Sachen, in denen das Geheimnis verkörpert ist, verschafft, z. B. an Rezepten, Zeichnungen, Modellen, Schablonen, Schnitten (vgl. § 18 UWG), und daß er sich schließlich verpflichtet, weder durch Mitteilung an Dritte noch durch eigene Verwertung von seiner Mit-Kenntnis des Geheimnisses Gebrauch zu machen[10]).

2. Die entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften.

Es handelt sich somit bei einem Geheimnis um einen wirtschaftlichen Wert, der weder Sache noch Recht ist und der auf einen anderen, wenn auch rechtlich nicht so einfach wie eine Sache oder ein Recht, entgeltlich und endgültig übertragen werden kann. Die für eine entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften zwingenden Voraussetzungen, nämlich die entgeltliche und endgültige Übertragung eines Wertes, würden somit vorliegen[11]).

Ggen einen Arbeitsvertrag[12]) spricht auch hier, daß die bei der Übertragung etwa erforderlichen Handlungen nur als Nebenpflichten, als Mittel zum Zwecke der Übertragung des Geheimnisses geschuldet werden. Nicht eine Tätigkeit, sondern der schon vorhandene im Geheimnis liegende Wert ist der Vertragsgegenstand[13]). Ein Arbeitsvertrag würde dann vorliegen, wenn das Tätigwerden zur Findung eines geistigen Wertes bezahlt wird, z. B. bei der Erstattung eines Gutachtens oder der Erteilung eines Ratschlages[14]).

---

8) Seligsohn, Seite 11 ff., 18 ff.; RG. LZ. 1914, Sp. 1897 zu Nr. 16.
9) Schackow, Seite 31.
10) Schackow, Seite 31; Seligsohn, Seite 111 ff., 122 ff., 127.
11) Ebenso: Schackow, Seite 31 mit weiterer Literatur; Raue, Seite 23; Hueck, Seite 88 ff. mit weiterer Literatur; Enneccerus-Lehmann, § 101,II, 5; Oertmann, Handb. Seite 359; Planck, Anm. 3b zu § 433; a. M.: Düringer-Hachenburg, Band V,1, Seite 8—9 Anm. 17; zweifelnd: Prot. II Seite 51/52.
12) wohl RG. bei Bolze, Band 16, Seite 226 Nr. 379; Kleckow, Seite 30 ff., 35 (Dienstvertrag und Vertrag eigener Art); Raue, Seite 10, 17.
13) OLG. 28, 106 ff.
14) JW. 1905, 502.

Da auch nicht etwa die noch unsichere Verwertungs- oder Ausnutzungsmöglichkeit, Brauchbarkeit oder Rentabilität eines Geheimnisses, z. B. eines Geheimverfahrens, geschuldet wird, bleibt auch ein Hoffnungskauf oder ein anderes gewagtes Geschäft außer Betracht[15]). Die Begründung schließlich, die das Reichsgericht gegen eine entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften und zur Rechtfertigung eines Vertrages eigener Art angeführt hat, nämlich, daß schon ein hinreichender Schutz nach allgemeinen Vorschriften gegeben sei[16]), ist zu allgemein gehalten, um überzeugen zu können. Sie steht auch, wie bei der Erörterung der entsprechenden Anwendung der §§ 459 ff noch darzulegen ist, im Widerspruch zu dem in anderen Fällen hinsichtlich der entsprechenden Anwendung der Kaufvorschriften vertretenen Standpunkt. Sie wird schließlich auch widerlegt durch den Hinweis, daß es sich bei Geheimnissen um veräußerungsfähige Werte handelt, sowie durch die Erwägung, daß die Anwendung lediglich der allgemeinen Vertragsgrundsätze unter Umständen, wie Seligsohn im einzelnen dargetan hat[17]), zu Unbilligkeiten führen kann.

Bei der entsprechenden Anwendung der Kaufvorschriften im einzelnen ergibt sich der Umfang der Verkäuferpflichten (§ 433) bereits aus der Erörterung der Übertragbarkeit des Geheimnisses. Sie bestehen also in der Mitteilung und in der Einweihung in das Geheimnis, gegebenenfalls in der Übergabe von Modellen, Aufzeichnungen usw., sowie in der Verpflichtung zur Verschwiegenheit und Gebrauchsunterlassung[18]). Aus der Pflicht zur endgültigen Übertragung des Geheimnisses ergibt sich, daß die Dauer der Verpflichtung zur Verschwiegenheit und Gebrauchsunterlassung mangels besonderer Vertragsbestimmungen grundsätzlich nur durch die Dauer des Geheimnisses begrenzt ist, also nicht mehr besteht, wenn entweder ein Geheimhaltungswille des Erwerbers nicht mehr besteht oder bereits Offenkundigkeit, d. h. Kenntnis sämtlicher Interessenten eingetreten ist[19]). Bis zur Erfüllung sämtlicher „Übergabe"-Verpflichtungen kann der Erwerber die Zahlung des Kaufpreises verweigern (§§ 433, 320). Mit der Bewirkung dieser Leistungen geht gemäß § 446 die Gefahr einer zufälligen Aufdeckung des Geheimnisses oder einer sonstigen Verschlechterung ihres Wertes auf den Erwerber über.

Hinsichtlich der Gewährleistungspflichten des Verkäufers mag es zweifelhaft erscheinen, ob lediglich die allgemeinen Vorschriften über die Gewährleistung wegen Rechtsmängel, §§ 434 ff, oder auch

15) Schackow, Seite 35/36.
16) JW. 1914, 674.
17) Seligsohn, Seite 121/122.
18) Vgl. Literatur zur Anm. 10.
19) Ebenso: Kleckow, Seite 39; zu allgemein: Schackow, Seite 31 Anm. 7 und Raue, Seite 26 (Vertragsauslegung).

die besonderen Vorschriften wegen Mängel der Sache, §§ 459 ff, auf den Geheimniskauf entsprechend anzuwenden sind oder ob überhaupt keine Gewährleistungsvorschriften zur Anwendung kommen. Hinsichtlich der Sachen, in denen gegebenenfalls das Geheimnis verkörpert ist, also hinsichtlich der Modelle, Rezepte, Zeichnungen usw., wird man jedoch, da entsprechend den Wertpapieren insoweit Sachkauf vorliegen würde, unbedenklich die §§ 459 ff anwenden können[20]). Im übrigen, also hinsichtlich des Geheimnisses selbst, sind die Ansichten geteilt. Nach der Auffassung des Reichsgerichts[21]) finden die Gewährleistungsvorschriften überhaupt keine Anwendung, da der Erwerber schon hinreichend nach den allgemeinen Vorschriften geschützt sei, überdies auch die Anwendung des § 477, der ein wesentlicher Teil der §§ 459 ff. sei, unbillig und hart erscheine. Schackow[22]) bejaht die entsprechende Anwendung der §§ 459 ff., da es sich bei dem Geheimnis um ein übertragbares Rechtsgut handele. Nach Seligsohn[23]) kommt nur eine entsprechende Anwendung der Rechtsmängelvorschriften in Betracht, da der Geheimnisbesitz keine Sache, wohl aber ein rechtsähnlicher Gegenstand sei.

Zu der von Seligsohn vertretenen Ansicht ist zu sagen, daß zwar der sogenannte Geheimnisbesitz, also die Beziehung zwischen Geheimnis und Inhaber oder Träger[24]), wohl rechtsähnlich sein mag, nicht aber das Geheimnis selbst. Und ebenso wie beim Verkauf des Eigentums einer Sache hinsichtlich des Eigentumsrechtes die allgemeinen Rechtsmängelvorschriften und hinsichtlich der Sache die Sachmängelvorschriften anzuwenden sind, so wärde es an sich denkbar, bei dem Verkauf des sogenannten Besitzes eines Geheimnisses die Frage nach der Gewährleistung hinsichtlich des Besitzes in entsprechender Anwendung der Rechtsmängelvorschriften und hinsichtlich des Geheimnisses entsprechend den Sachmängelvorschriften zu entscheiden. Allerdings würde sich dann die entsprechende Anwendung der Rechtsmängelvorschriften von selbst ausschließen, da sie eben ihrer Natur nach nur auf Rechte anwendbar sind, also z. B. dann, wenn ein Geheimnis zum Recht, wie beim Patenrecht oder Erfindungsbesitz geworden ist; denn Rechte an dem bloßen Geheimnis, die von Dritten gegen den Erwerber geltend gemacht werden könnten (§ 434), gibt es nicht, weil weder das Geheimnis noch der Geheimnisbesitz Sachen oder Rechte sind. Auch die Frage nach der Haftung für den rechtlichen oder (entsprechend:) tatsäch-

---

20) Schackow, Seite 33.
21) JW. 1914, 674; Soergel Komm. Anm. 2 vor § 459.
22) Schackow Seite 31 ff.
23) Seligsohn Seite 122; wohl auch Schlie, Seite 65 (bei der Veräußerung von Geschäftsgeheimnissen handele es sich um einen Rechtskauf, da ein Geheimverfahren eine so nahe Vorstufe vor einem Recht bilde [? doch nicht immer]).
24) vgl. Schackow, Seite 33.

lichen Bestand des Geheimnisbesitzes (§ 437) dürfte kaum praktisch werden. Die übrigen Rechtsmängelvorschriften (§§ 435, 436, 438) schließen sich als Spezialvorschriften von selbst aus. § 440 kommt somit nur für die Verletzung der Verkäuferpflichten aus § 433 zur Anwendung.

Das Reichsgericht hat sich seit dem 63. Bande unter Berufung auf die Protokolle und aus praktischen Erwägungen grundsätzlich auf den Standpunkt gestellt, daß die §§ 459 ff nicht ausschließlich auf körperliche Sachen, sondern auch auf Güter, die weder Sachen noch Rechte sind, anwendbar seien, und zwar sowohl hinsichtlich zugesicherter Eigenschaften (RGZ 63, 57 ff) als auch hinsichtlich verborgener Fehler (RGZ. 67, 86 ff). Das Reichsgericht hat in diesen beiden Entscheidungen hierzu dem Sinne nach etwa ausgeführt:

> Allerdings ergebe sich eine derartige analoge Anwendung noch nicht aus der Zulassung der analogen Anwendung der Bestimmungen über den Kauf auf solche Lebensgüter, die weder Sachen noch Rechte seien. Vielmehr sei im Einzelfall mit zurückhaltender Mäßigung zu prüfen, in welchem Umfange eine entsprechende Anwendung der §§ 459 ff zu erfolgen habe. Der Zweck der §§ 459 ff sei, den durch einen verborgenen Mangel des Kaufgegenstandes geschaffenen Interessenkonflikt zwischen Käufer und Verkäufer durch positive Bestimmungen zu lösen, um den Käufer nicht auf den zweifelhaften Schutz des § 157 BGB oder einer schwer zu beweisenden arglistigen Täuschung zu verweisen.

Diesen Standpunkt hat das Reichsgericht auch ausdrücklich aufrecht erhalten in RGZ. Bd. 69, 429; 98, 289; 100, 206; 138, 354. In einer Entscheidung in Band 82, 155 (158), wo es sich um die Überlassung eines Geheimverfahrens, dem zugesicherte Eigenschaften fehlten, handelte, hat das Reichsgericht dann die Annahme eines kaufähnlichen Vertrages und die Anwendung der §§ 459 ff, allerdings unter Ausschluß des § 477, für möglich gehalten. Für eine entsprechende Anwendung der §§ 459 ff auf die Veräußerung von Geheimnissen haben sich ferner ausgesprochen OLG. Stuttgart in Recht 1914 Nr. 21 (betr. Fabrikationsverfahren), OLG. Marienwerder in OLG. 22, 223 (betr. Geschäftsgeheimnis) und OLG. Colmar in OLG. 28, 106 (betr. Rezept).

In JW. 1914 S. 674 = Gruchot 58, 949 hat dann jedoch das Reichsgericht ausdrücklich die entsprechende Anwendung der §§ 459 ff verneint mit der schon teilweise erwähnten Begründung:

> Bei dem Kauf eines Fabrikationsverfahrens sei die Anwendung des § 477 als unbillig und hart zu verneinen, da der Erwerber bei der Übergabe des Rezeptes in den seltensten Fällen in der Lage sei, eine etwaige Kenntnis unbeteiligter Dritter

von dem erworbenen Verfahren in Erfahrung zu bringen. Da der § 477 ein wesentlicher Teil der Gewährleistungsgrundsätze sei, seien auch diese überhaupt unanwendbar. Der Käufer finde bereits nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen hinreichenden Schutz.

Daß die Nicht-Anwendbarkeit des § 477 notwendig auch die entsprechende Anwendung der gesamten Gewährleistungsvorschriften ausschließt, ist weder zwingend[25]), wie RGZ. 82, 155 zeigt, noch auch vom Reichsgericht in anderen Fällen angenommen worden[26]). Die übrigen Ausführungen, daß der Käufer schon hinreichend nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen geschützt sei, sind gegenüber der Erwägung, daß es sich bei Geheimnissen um veräußerungsfähige Werte handelt, mangels besonderer Gründe zu allgemein gehalten, um die Nicht-Anwendbarkeit der §§ 459 ff rechtfertigen zu können. Sie stehen aber auch im Widerspruch zu den Darlegungen des Reichsgerichts in Bd. 67, 89 (63, 57; 98, 285; 100, 201), nach denen der Interessenkonflikt zwischen Käufer und Verkäufer im Zweifel nach den positiven besonderen Bestimmungen der §§ 459 ff und nicht bloß nach den allgemeinen Vorschriften zu regeln ist.

Daß ein Geheimnis Fehler und zugesicherte Eigenschaften haben kann, wird auch vom Reichsgericht nicht geleugnet. Beispiele hierfür wären etwa die Kenntnis eines Konkurrenten von dem Geheimnis oder die Zusicherung der Rentabilität oder Erprobtheit eines Geheimverfahrens[27]).

Aus der Übertragbarkeit eines Geheimnisses folgt schließlich auch die Möglichkeit der Wandlung; denn was übertragbar ist, muß auch wieder zurückübertragen werden können[28]). Es wäre dann also der Käufer zur Rückübertragung der Zeichnungen usw., zur dauernden Verschwiegenheit von seiner Kenntnis des Geheimnisses und zu ihrer Nichtverwertung verpflichtet.

Die Möglichkeit, daß Geheimnisse veräußert und auch wieder zurückübertragen werden und daß sie Eigenschaften, Mängel und Fehler besitzen können, rechtfertigt es mangels besonders entgegenstehender Gründe somit, auf die Veräußerung eines Geheimnisses grundsätzlich nicht nur die allgemeinen Kaufvorschriften, sondern auch die Grundsätze über Gewährleistung wegen Mängel einer Sache entsprechend anzuwenden[29]).

---

25) So auch Dernburg, Band II,2 Seite 7 Anm. 5.
26) Schackow, Seite 34, 28; vgl. RGZ. 62, 431; JW. 1914, 589 = Recht 1914 Nr. 1406 = Gruch. 58, 957. Vgl. auch JW. 1926, 1058.
27) Schackow, Seite 32; Seligsohn, Seite 123 ff.
28) Schackow, Seite 32; a. M. Raue, S. 26 (nur, falls ein Nichts geleistet ist).
29) Enneccerus-Lehmann, § 101,II,5; Dernburg, Band II,2, Seite 7 Anm. 5; Schackow, Seite 32 ff.; Raue, Seite 26; Planck, 1a. a. E. zu § 459 und die dort erwähnte Rechtsprechung.

Was schließlich die Anwendung des § 477 betrifft, so ist es allerdings richtig, daß der Erwerber häufig nicht in der Lage sein wird, innerhalb der sechsmonatigen Verjährungsfrist einen Fehler des Geheimnisses, z. B. eine Kenntnis interessierter Dritter, festzustellen; es könnte unter Umständen die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche dann schon vor der Entdeckung des Mangels verjährt sein. Daß dieses Ergebnis unbillig ist, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden. Diese Unbilligkeit im Hinblick auf die Stellung des Käufers rechtfertigt es jedoch nicht, unter Ausschluß des § 477 nur die allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 194 ff BGB anzuwenden; denn hierin würde wieder eine ungerechte Benachteiligung des Verkäufers liegen. Auch die Annahme einer bestimmten Verjährungsfrist, die kürzer als die allgemeine und länger als die des § 477 wäre[30]), würde zu willkürlich sein und den Einzelfällen, die nach der Zahl der an dem Mitwissen des Geheimnisses Interessierten sehr verschieden zu beurteilen wären, nicht gerecht werden können. Es ist vielmehr grundsätzlich an der sechsmonatigen Verjährungsfrist des § 477 festzuhalten, jedoch ihr Beginn bis zum Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels hinauszuschieben[31]). Eine derartige aus §§ 157, 242 BGB sich ergebende stillschweigende Vereinbarung der Parteien betreffend die Hinausschiebung des Beginns der Verjährung ist auch vom Reichsgericht in ähnlichen Fällen, in denen nach der Natur des Kaufgegenstandes der Mangel nicht schon bei der Ablieferung erkennbar sein konnte, angenommen worden[32]). Der beklagte Verkäufer muß also zur Begründung seiner Verjährungseinrede dartun, daß dem Käufer bereits 6 Monate vor der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche der Mangel bekannt gewesen sei[33]). Jedoch wird man aus den allgemeinen Verjährungsgrundgedanken heraus die durch die Hinausschiebung des Verjährungsbeginnes eingetretene Verlängerung der Frist zur Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche nicht über die Dauer der allgemeinen Verjährungsfristen ausdehnen dürfen.

X. Kennzeichen.

Zu den Geisteserzeugnissen sind auch Kennzeichen zu rechnen, d. h. Zeichen, die bestimmten Sachen, insbesondere Waren oder Sachgesamtheiten, z. B. geschäftlichen Unternehmungen oder Personen zur Unterscheidung beigelegt werden. Solche Kennzeichen sind z. B. Warenzeichen, Firmen- oder Etablissementsbezeichnungen,

30) So Raue, Seite 25/26 (2 Jahre).
31) Schackow, Seite 34, 28, 29.
32) Siehe die Rechtsprechung zu Anm. 26.
33) OLG. Stuttgart in Recht 1914 Nr. 21 und OLG. Colmar in OLG. 28, 106 wenden die §§ 459 ff sogar einschließlich des § 477 an.

Namen, Titel usw. Kennzeichen können derartig bekannt und charakteristisch für eine bestimmte Eigenart werden, daß die Kennzeichnung im Verkehr eine sachliche Prüfung des bezeichneten Gegenstandes mehr oder weniger ersetzt. Der Wert dieses Gegenstandes überträgt sich dann zum Teil auf das Kennzeichen selbst. Je mehr aber dieser Wert des bloßen Kennzeichens wächst, umso größer wird das Interesse, insbesondere von Konkurrenten, sein, diesen Wert des Kennzeichens zu erwerben, um durch seine Verwertung etwa den Absatz der eigenen Waren zu steigern oder den Ruf des Geschäfts oder der eigenen Person zu erhöhen. Ein Veräußerungswert des Kennzeichens würde jedoch erst dann entstehen, wenn Hindernisse bestehen, daß sich jeder dieses zu einem Wert gewordenen Kennzeichens bedienen darf; denn andernfalls würde jeder Interessent dieses Kennzeichen ohne Entgelt annehmen. Solche Hindernisse bestehen zunächst in den Fällen, in denen besondere absolute Rechte zur Führung und Benutzung des Kennzeichens vorliegen, z. B. das Recht zur ausschließlichen Benutzung eines Namens (§ 12 BGB), einer Firma (§ 37 HGB), eines eingetragenen Warenzeichens (§ 12 WZG). In diesen Fällen würde, soweit überhaupt eine alleinige Übertragung zulässig ist, allenfalls Rechtskauf oder die Einräumung einer bloß obligatorischen Befugnis vorliegen. Ein weiteres Hindernis zur Annahme eines Kennzeichens ist durch die §§ 1, 16 UWG begründet. Wer also durch die Benutzung von Kennzeichen sittenwidrigen Wettbewerb treibt oder möglicherweise Verwechslungen mit anderen Kennzeichen im Sinne des § 16 UWG hervorruft, kann von dem berechtigten Benutzer des Kennzeichens auf Unterlassung oder Schadensersatz belangt werden. Durch diese Vorschriften erlangt das Kennzeichen neben dem durch die Qualität des bezeichneten Gegenstandes hervorgerufenen Wert auch einen Veräußerungswert, da der Erwerber des Kennzeichens in der Regel nur durch ein besonderes Entgelt den berechtigten Benutzer wird bewegen können, den eigenen ferneren Gebrauch zu unterlassen und ihm den künftigen Gebrauch zu gestatten. Da für unsere Untersuchung Kennzeichen, deren Benutzung Gegenstand von Rechten ist, ausscheiden, verbleiben im wesentlichen nur nicht eingetragene Warenzeichen und Geschäftsbezeichnungen (sogenannte Etablissementsnamen) [1]. Einer besonderen Betrachtung soll dann noch der seinerzeit in Literatur und Rechtsprechung behandelte sogenannte Nummernhandel bei Kraftdroschken unterzogen werden.

1. Geschäftsbezeichnungen und nicht eingetragene Warenzeichen.

Es ist bereits hervorgehoben worden, daß der eigentliche Wert des Kennzeichens sich herleitet aus dem Wert und der Eigenart des

1) Vgl. OLG. 24, 167; Staub, § 17 Anm. 6.

bezeichneten Gegenstandes. Die Veräußerung einer bloßen Waren- oder Geschäftsbezeichnung würde es also dem Erwerber ermöglichen, etwas im geschäftlichen Verkehr zu bezeichnen, was vom Publikum unter diesem Zeichen nicht verstanden wird. Da das Publikum häufig im Vertrauen auf das Kennzeichen eine sachliche Prüfung der Ware usw. unterläßt, so würde, solange die Trennung von Kennzeichen und bisheriger Sache noch unbekannt ist, die entgeltliche Veräußerung eines bloßen Kennzeichens auf eine Täuschung des Publikums hinauslaufen[2]). Aus diesem Gesichtspunkt ist durch § 23 HGB, § 7 WZG[3]) die leere Übertragung einer Firma oder eines eingetragenen Warenzeichens für unzulässig erklärt worden. Die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für das sie geführt wird, und das Recht zur Führung eines Warenzeichens nur mit dem Geschäftsbetrieb, zu dem das Warenzeichen gehört, veräußert werden. Der gesetzgeberische Grundgedanke dieser Bestimmungen, nämlich, angesehen werden, sondern er trifft in gleicher Weise auch bei dem Etablissementsnamen und dem nicht eingetragenen Warenzeichen zu. Die analoge Anwendung der §§ 23 HGB, 7 WZG auf diese eine Täuschung und Schädigung des Publikums zu verhindern, kann jedoch nicht als dem Warenzeichen- oder Firmenrecht eigentümlich Fälle ist daher gerechtfertigt[4]). Ihre leere Veräußerung wäre also gemäß § 134 BGB nichtig. Der Etablissementsname und das nicht eingetragene Warenzeichen sind somit nur als Bestandteile eines Unternehmenskaufes (s. u.) veräußerlich.

2. Droschkennummern.

Einen besonderen Fall einer Veräußerung von Kennzeichen, bei der eine Täuschung des Publikums nicht vorlag, bildete der in Literatur und Rechtsprechung s. Zt. vielbesprochene sogenannte Nummernhandel bei Kraftdroschken[5]). Anlaß hierzu bot die Berliner Droschkenordnung vom 1. 4. 1905 und 2. 8. 1910, deren Text, soweit er hierfür erheblich ist, in JW. 1912, 271 abgedruckt ist. Da die Gedanken dieser Droschkenordnung heute vielleicht noch in der einen oder anderen Droschkenordnung enthalten sind, hat dieser Nummernhandel nicht bloß historisches, sondern auch praktisches juristisches Interesse.

Nach dieser Berliner Droschkenordnung bedurfte es zum Betriebe eines Droschkenfuhrbetriebes zweier Konzessionen, einer per-

2) Hueck, Seite 84 ff.
3) vgl. ferner § 24d und § 15 WZG bezüglich Verbands- und Ausstattungszeichen. Hierzu Schlie, Seite 75.
4) Hueck Seite 86 ff. und die dortige Literatur; vgl. auch RGZ. 68, 49 (55); 77, 73 (76); a. M. Düringer-Hachenburg, § 17 Anm. 4; Staub, § 17 Anm. 6; 23 Anm. 1 (doch nicht betr. Zeitungstitel); Schlie, Seite 70 ff.; RGSt. 28, 275 (279).
5) Korsch in JW. 1911, 841; 1912, 573; Apt in JW. 1912, 271; OLG. 26, 63 = KGBl. 1911, 80; OLG. 33, 258; 24, 323; KGBl. 1911, 37.

sönlichen (§ 1), die sich auf die Zuverlässigkeit des Fuhrherrn, und einer sachlichen (§ 2), die sich auf die Zuverlässigkeit der Droschke bezog. Die sachliche Konzession, der sogenannte Droschkenschein, enthielt die der Droschke zugeteilte Nummer, deren Zweck es war, die Droschke zu kennzeichnen und leicht feststellen zu können. Dieses Kennzeichen erlangte durch Einführung eines numerus clausus im Verkehr scheinbar einen selbständigen Wert; es wurden nämlich in Berlin nur bis zur Bedürfnisgrenze, also eine beschränkte Anzahl Nummern zugeteilt. Wer also selbst persönlich und sachlich zur Ausübung des Droschkenfuhrbetriebes geeignet war, brauchte noch zur Erlangung eines Droschkenscheins eine Nummer. Das konnte er dadurch erreichen, daß er einen berechtigten Nummerninhaber zu einem Verhalten veranlaßte, durch das die Nummer frei wurde, wenn dieser z. B. seine Droschke ausmusterte oder seinen Betrieb einstellte. Oder er kaufte eine alte nummerierte Droschke und ließ sie mit ihrer Nummer gemäß § 32 Abs. 2 der Droschkenordnung auf sich umschreiben oder in den polizeilichen Listen streichen, um ihre Nummer einer anderen ihm gehörigen Droschke zuteilen zu lassen.

In allen diesen Fällen bestand der Wert für den Erwerber weniger in einem körperlichen Gegenstand, etwa dem Auto oder gar einem Nummernschild, sondern in dem mit dem Erwerb der Nummer verbundenen Vorteil. Es scheidet also Sachkauf aus. Es liegt aber auch nicht, wie es zunächst scheinen mag, der Kauf einer bloßen Nummer als solcher als eines bloßen Kennzeichens vor, also eines besonderen Wertes, der weder Sache noch Recht ist. Ein solcher bloßer Nummernwert bestand allenfalls nur für die Polizei, da ihr durch die Numerierung der Droschken die polizeiliche Kontrolle und Überwachung erleichtert wurde. Der scheinbare Verkehrswert der Nummer ist vielmehr nichts anderes als der Wert des durch sie gekennzeichneten Rechtes aus der Konzession[6]). Die Nummer ist nur Kennzeichnung und Ausdruck des Rechtes. Eine Trennung und Unterscheidung in zwei Werte, den der Nummer und den des Rechtes, ist nicht möglich. Eine (etwa gesperrte) Nummer, die nicht das Recht zur Ausübung des Droschkenfuhrbetriebes gewähren oder kennzeichnen würde, wäre wertlos. Bei dem sogenannten Nummernhandel gibt also der Verkäufer sein Recht aus der Konzession unter Anzeige an die Polizei auf, und der Käufer erwirbt dieses Recht, und zwar unter Mitwirkung der Polizei. Es handelt sich also um einen Rechtskauf. Daß hierbei eine Behörde mitwirkt, ist für die Rechtsnatur des Vertrages unerheblich. Eine derartige behördliche Mitwirkung ist auch in anderen Fällen, insbesondere beim Grundstücksverkehr, nichts Ungewöhnliches.

---

6) Ebenso Planck, Anm. 3b zu § 433; OLG. 33, 258; wohl auch Korsch in JW 1911, 841; 1912, 573; OLG. 24, 324; a. M.: Apt in JW. 1912, 271 (wohl Vertrag eigener Art); KGBl. 1911, 37; OLG. 26, 63 (65).

Rechtlich ebenso zu beurteilen sind auch die Fälle, in denen nicht ein numerus clausus, sondern andere Gründe, wie z. B. Eitelkeit, Sport, Aberglaube eine Droschken- oder Autonummer, insbesondere bei Privatautos, besonders wertvoll erscheinen lassen. Es will jemand z. B. eine möglichst niedrige Nummer für sein Auto erwerben, um als alter Autobesitzer zu gelten, oder für sein ihm Unheil verheißende Nr. 1313 eine Glückszahl haben, oder der Ehrgeiz des Autobesitzers richtet sich auf möglichst auffallende Nummern (z. B. 1000 oder 12345). Ein anderes Beispiel für einen Nummernhandel wäre, wenn jemand eine möglichst niedrige Mitgliedsnummer von einem alten Mitgliede zu erlangen sucht, um etwa als alter Parteigenosse zu gelten. Alle diese Fälle scheiden hier aus, da es sich hierbei, soweit überhaupt eine Übertragung zulässig und möglich ist, um Kauf von Rechten aus der Konzession oder der Mitgliedschaft handelt.

Zusammenfassend wäre also allgemein zu sagen: Eine entgeltliche Veräußerung von Kennzeichen als selbständigen Werten gibt es nicht. Es handelt sich hierbei allenfalls um die Veräußerung von den Gegenständen, auf die sich die Kennzeichnung bezieht.

XI. Die Kundschaft.

Mit den Kennzeichen war bereits der Übergang vollzogen zu den Werten, die vorwiegend aus den Beziehungen zur Umwelt, insbesondere dem wirtschaftlichen Verkehr der Menschen untereinander entstehen. Noch ausgeprägter als bei den Kennzeichen ist diese Entstehungsursache bei dem Werte der Kundschaft.

1. Wesen, Arten und Übertragbarkeit.

Der Begriff „Kundschaft" ist mehrdeutig. Es wird hierunter verstanden einerseits die Gesamtheit der Kunden, d. h. der Personen, die sich eines wirtschaftlich Tätigen bedienen, andererseits die Gesamtheit der geschäftlichen Beziehungen eines wirtschaftlich Tätigen zu den Personen, die sich seiner wirtschaftlich bedienen und die ihm eine Aussicht auf Geschäftserfolg gewähren[1]). Eine besondere Art der Kundschaft bildet die Praxis des Arztes oder Anwalts; letztere wird auch Klientel genannt[2]). Für unsere Untersuchung, die sich nur mit übertragbaren Werten zu beschäftigen hat, kommt somit nur die Kundschaft als Gesamtheit der geschäftlichen Beziehungen in Betracht.

---

1) Vinassa, Seite 4 ff.; Schackow, Seite 23; Raue, Seite 3; Kleckow, S. 9; Schlie, Seite 8/9; Rothbarth, Seite 1.
2) Vinassa, Seite 4/5; Schackow, Seite 23; Capelle, Seite 1 ff.; Lange, Seite 1 ff.; Thies, Seite 3/4.

Der Wert der Kundschaft beruht in der Zahl und Regelmäßigkeit der Geschäftsabschlüsse. Durch diese Stetigkeit ist eine sichere Kalkulation und auch höherer Kredit und somit eine Erhöhung der „Stoßkraft“ [3]) des Unternehmens gegeben. Voraussetzung für den Wert der Kundschaft ist, daß die Zahl, nicht jedoch unbedingt die Person der Kunden (z. B. Laukundschaft) gleichbleibend ist. Besonders hoch ist der Kundschaftswert, wenn die Konkurrenz, wie beim Monopol, ausgeschaltet ist. Neben dem rechtlichen Monopol, bei dem die Konkchurrenz auch rechtlich ausgeschaltet ist (z. B. Postregal), gibt es auch tatsächliche, d. h. nicht auf einem rechtlichen Privileg, sondern auf der wirtschaftlichen Übermacht beruhende Monopole (z. B. Kohlensyndikat) [4]).

Die Ursache für die Entstehung einer Kundschaft liegt in der Neigung des Publikums, aus Vertrauen oder Gewohnheit bei demselben Unternehmen zu kaufen[5]). Hiernach lassen sich zwei Arten von Kundschaft unterscheiden: persönliche und sachliche Kundschaft[6]).

Die persönliche Kundschaft beruht auf dem Vertrauen zur Person des Unternehmers auf Grund seiner Eigenschaften, Fähigkeiten, Leistungen und Waren. Sie ist am stärksten ausgeprägt bei der Praxis des Arztes und Anwalts. Die Anknüpfung an die Person hat daher auch zur Folge, daß mit dem Fortfall dieser Person auch die persönliche Kundschaft entfällt[7]).

Die sachliche Kundschaft beruht im wesentlichen auf der günstigen Lage des Geschäfts. Sie ist insbesondere dann gegeben, wenn das Geschäft in einer Verkehrsgegend liegt (z. B. bei einem Laden in einer großstädtischen Verkehrsstraße, einer Bahnhofswirtschaft oder einem Gasthaus in der Nähe eines Aussichtspunktes) und das Publikum aus Bequemlichkeit oder Gewohnheit dort kauft oder wenn nach der örtlichen Lage keine Konkurrenz vorhanden ist (z. B. bei der einzigen Apotheke am Orte), so daß das Publikum auf dieses Geschäft angewiesen ist, mag ihm auch der Geschäftsinhaber unsympathisch sein. Die sachliche Kundschaft entfällt daher auch vorwiegend mit der Beseitigung dieser sachlichen Faktoren, z. B. bei der Verlegung einer Straße oder eines Bahnhofs[8]).

Die Unterscheidung in persönliche und sachliche Kundschaft ist auch rechtlich erheblich für die Frage der Übertragbarkeit der Kundschaft. Da die Übertragung einen Wechsel des Inhabers zur Folge

3) vgl. das italienische "avviamento" für Kundschaft.
4) Vgl. zu Vorstehendem Vinassa Seite 6; Schackow, Seite 23; Kleckow, Seite 14; Schlie, Seite 10 ff.; Hueck, Seite 20 ff.; Gruch. 51, 901 (903).
5) Hueck, Seite 22.
6) Vinassa, Seite 7 ff.; Raue, Seite 3; andere Einteilung bei Schlie, S. 10 ff. (Stammkundschaft, fluktuierende Kundschaft und Kundschaft auf Grund einer Monopolstellung).
7) Vinassa, Seite 7/8; Raue, Seite 9.
8) Vgl. zu Vorstehendem Vinassa, Seite 8 ff.; Raue, Seite 4 ff.

hat, ergibt sich, daß Übertragung einer persönlichen Kundschaft, die ja mit dem Fortfall des bisherigen Geschäftsinhabers entfällt, nicht möglich ist[9]). Zur Übertragung der sachlichen Kundschaft wäre erforderlich, daß insbesondere die sachlichen Faktoren, an die die Kundschaft anknüpft, auf den Erwerber übergehen. Die sachliche Kundschaft wird daher häufig zusammen mit dem Unternehmen als dessen Zubehör veräußert. Erforderlich für die Kundschaftsveräußerung ist das aber nicht[10]). Vielmehr kann die Kundschaft, wie jedes Zubehör, selbständig dadurch übertragen werden, daß das bisherige Geschäft aufgegeben und ein neues an seiner Stelle eingerichtet wird. Die sachliche Kundschaft ist demnach ein selbständig übertragbarer Wert, der als Gesamtheit von geschäftlichen Beziehungen, abgesehen vom Regal, weder Sache noch Recht ist. Der Wert der Kundschaft für den Erwerber besteht in der Möglichkeit, auf Grund der von dem Veräußerer geschaffenen Geschäftsbeziehungen und durch ihren weiteren Ausbau eine eigene erfolgreiche Geschäftstätigkeit auszuüben[11]).

Hervorzuheben ist jedoch, daß die Scheidung in persönliche und sachliche Kundschaft vorwiegend theoretische Bedeutung hat. Im praktischen Wirtschaftsleben werden Fälle einer rein ausgeprägten persönlichen oder sachlichen Kundschaft so gut wie gar nicht vorkommen; die Kundschaftsformen werden vielmehr gemischt sein. So wird der Bahnhofswirt auch persönliche Kundschaft und der einzige Anwalt und der Arzt in der Umgegend infolge seiner Monopolstellung auch sachliche Kundschaft haben[12]).

2. Die entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften.

Diese Mischung von persönlicher und sachlicher Kundschaft im praktischen Leben ist auch wesentlich für die Übertragungshandlung als Pflicht des Verkäufers. Allgemein gesprochen, besteht diese Pflicht des Verkäufers darin, alles zu tun, was geeignet ist, den Erwerber in den ausschließlichen Genuß des Wertes der Kundschaft zu setzen[13]). Bei rein sachlicher Kundschaft würde hierzu Überlassung des Gegenstandes, an den sich die Kundschaft knüpft, genügen. Soweit noch persönliche Kundschaft hinzukommt, wird der Veräußerer auch verpflichtet sein, alles zu tun, daß die sachliche Kundschaft unbeeinflußt durch die Person des Veräußerers sich voll auswirkt und auf den Erwerber übergeht. Zu dem sachlichen Bestandteil einer

9) Raue, Seite 9; Vinassa, Seite 8.
10) Raue, Seite 8/9; Rothbarth, Seite 1 ff.; Schackow, Seite 25; Bechstein, Seite 13; a. M.: Hueck, Seite 80 ff.; Oertmann, Handb., Seite 357.
11) Seuff. Arch. 75, 314 (315); RGZ. 115, 172 (175); Thies, Seite 8.
12) Vinassa, Seite 13/14.
13) Vinassa, Seite 116 ff.

vorwiegend persönlichen Kundschaft wäre auch die Gewohnheit der Kunden zu rechnen, es zunächst einmal mit dem neuen Geschäftsinhaber zu versuchen. Im einzelnen wäre hiernach der Veräußerer verpflichtet, sich jeglicher Konkurrenz zu enthalten, den Erwerber als seinen Nachfolger mündlich oder schriftlich zu empfehlen und gegebenenfalls dem Erwerber ein Verzeichnis der festen Kunden aufzustellen[14]). Er haftet jedoch nicht dafür, daß die Kundschaft auf den Erwerber übergeht[15]).

Die Übertragungspflicht des Veräußerers besteht also auch hier, wie bei der Veräußerung eines Geheimnisses, in einem Tätigwerden und einem Unterlassen. Es ist daher auch die entgeltliche Veräußerung der Kundschaft vereinzelt als Dienstvertrag, Hoffnungskauf oder Vertrag eigener Art aufgefaßt worden[16]). Gegen diese Auffassung sprechen daher auch dieselben bereits bei der Geheimnisveräußerung erörterten Gründe. Ein Dienstvertrag[17]) scheidet also aus, weil bei der Kundschaftsveräußerung die Dienste nur Mittel zum Zwecke der Übertragung des Kaufgegenstandes sind[18]). Der Unterschied zum Hoffnungskauf[19]) liegt darin, daß bei der Kundschaftsveräußerung nicht eine bloße Aussicht, sondern bereits ein abschätzbarer Wert, der allerdings gewisse Aussichten auf regelmäßige Geschäftsabschlüsse in sich birgt, vorhanden ist[20]). Sie ist ebensowenig ein Hoffnungskauf wie der Kauf von Blumensamen. Dieser, etwa nach der Bilanz der letzten Jahre, abschätzbare und selbständig übertragbare Wert der Kundschaft ist es schließlich auch, der es rechtfertigt, ihre Veräußerung nicht einem unbestimmten Vertrag eigener Art[21]), sondern den entsprechend anzuwendenden Vorschriften über den Kauf zu unterstellen[22]).

Auch bei der entsprechenden Anwendung der Kaufvorschriften im einzelnen ergibt sich eine gewisse Ähnlichkeit mit der Veräußerung von Geheimnissen. Die Verkäuferpflichten wurden schon erwähnt. Sie bestehen positiv in der Verschaffung der Anknüpfungsfaktoren, z. B. Überlassung des Ladens, in der Mitteilung einer Kundenliste und einer Empfehlung an die Kunden, und negativ in der Kon-

---

14) Raue, Seite 16 ff. mit weiterer Literatur; Kleckow, Seite 29; Schackow, Seite 25; Schlie, Seite 42, 45; Lange, Seite 9 ff.; Thies, Seite 2; RGZ. 70, 262 (231/32); OLG. 12, 51; 28, 112.
15) Schlie, Seite 44 ff., RG. Gruch. 51, 901 (903).
16) Übersicht bei Vinassa, Seite 122 ff.
17) So Kleckow, Seite 33 ff.
18) Schackow, Seite 24; Raue, Seite 19 ff. 17; Lange, Seite 14 ff.
19) So Fromme, Seite 5 ff.; Kuhlenbeck in JW. 1902, 646.
20) Bechstein, Seite 23 ff.; Schlie, Seite 47; Schackow, Seite 25 Anm. 3; Kleckow Seite 22 ff.
21) So Vinassa Seite 131 ff und Bechstein, Seite 30 ff., 35 ff.
22) So Schackow, Seite 24; Raue, Seite 19 ff.; Schlie, Seite 46 und die dortige Literatur; wohl auch Capelle, Seite 13; Lange, Seite 18, 20; Thies Seite 8 ff., 13 (Vertrag eigener Art, doch analoge Anwendung der Kaufvorschriften).

kurrenzenthaltung. Die Art und Dauer dieser Konkurrenzenthaltung wird im einzelnen nach Art und Größe des vom Veräußerer betriebenen Geschäftes verschieden sein. Sie kann auf Gegenstände des betreffenden Geschäftes oder bloß örtlich, etwa auf bestimmte Bezirke oder auf einen bestimmten Umkreis beschränkt sein. Für die zeitliche Begrenzung der Konkurrenzenthaltung wird maßgebend sein, in welcher Zeit sich der Erwerber eine eigene persönliche Kundschaft wird erwerben können und eine Konkurrenz seitens des Veräußerers für ihn keine über den normalen freien Wettbewerb hinausgehende Beeinträchtigung des erworbenen Kundschaftswertes mehr darstellen wird. Eine bestimmte Zeitdauer hierfür allgemein anzugeben, ist jedoch bei der Verschiedenheit der Einzelfälle nicht möglich. Je persönlicher die Kundschaft ist, umso länger wird die Dauer der Konkurrenzenthaltungspflicht sein[23]). In keinem Falle darf jedoch diese Pflicht des Veräußerers dazu führen, seine wirtschaftliche Freiheit aufzuheben. Im einzelnen wird bei mangelnder näherer Vertragsbestimmung durch richterliche Auslegung gemäß § 157 BGB Art und Umfang der Konkurrenzenthaltung festzustellen sein[24]).

Der Käufer ist außer zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises auch, falls dieser Kaufpreis in einer prozentualen Beteiligung am Geschäftsgewinn festgesetzt ist, zur Fortführung des Geschäftes verpflichtet[25]).

Mit der Verschaffung der Kundschaft gehen gemäß § 446 Gefahr und Nutzungen auf den Käufer über. Die Kosten der Verschaffung hat gemäß § 448 der Verkäufer zu tragen.

Für die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Gewährleistung wegen Sachmängel sprechen dieselben Gründe wie bei der Veräußerung von Geheimnissen, nämlich, daß der Zweck der §§ 459 ff. weniger ist, eine besondere Regelung der Gewährleistungsansprüche ausschließlich nur für körperliche Sachen zu treffen, als vielmehr, den durch Fehler und Mängel des Kaufgegenstandes zwischen Käufer und Verkäufer entstandenen Interessenkonflikt durch positive Sonderbestimmungen zu lösen. Bei der Veräußerung eines Handelsgewerbes mit Kundschaft hat sich übrigens auch das Reichsgericht für eine entsprechende Anwendung der §§ 459 ff. ausgesprochen[26]). Fehler und Mängel der Kundschaft würden z. B. vorliegen, wenn es sich vorwiegend um zahlungsunfähige Kunden handelt, durch die der Gesamtwert der Kundschaft, wie er

23) Vinassa, Seite 134 ff.
24) Vgl. zu Vorstehendem Raue, Seite 25; Kleckow, Seite 39; Schackow, Seite 25; Vinassa, Seite 117 ff., 135 (3—5 Jahre); Schlie, Seite 43 ff. (höchstens 10 Jahre); OLG. 12, 51; (52) (höchstens 10 Jahre).
25) Rothbarth, Seite 1 ff.; RGZ. 95, 36.
26) RGZ. 63, 57.

der Berechnung des Kaufpreises zugrunde gelegt war, erheblich gemindert würde, oder wenn der Veräußerer in die Kundenliste unrichtige Namen, insbesondere von gar nicht existierenden Personen, aufgenommen hätte. Auch hierbei ist es, wie bei der Veräußerung eines Inbegriffs, Tatfrage, inwieweit Mängel hinsichtlich einzelner Kunden einen Mangel der Kundschaft als Inbegriff darstellen. Zugesicherte Eigenschaften können sich, abgesehen von der Zahlungsfähigkeit der Kunden, auch auf den bisherigen Ertrag und Umsatz aus der Kundschaft beziehen[27]).

Wandlung des Kaufvertrages wäre zwar an sich durch entsprechende Rückübertragung möglich; sie wird aber deswegen nicht sehr praktisch werden, weil der Erwerber dann auch sein auf der erworbenen Kundschaft aufgebautes Unternehmen wieder aufgeben müßte, was für ihn im allgemeinen größere Verluste zur Folge haben würde, als wenn er Minderung des Kaufpreises oder Schadensersatz verlangen würde[28]).

Hinsichtlich der Verjährung der Gewährleistungsansprüche muß auch hier gelten, daß der Lauf der Verjährungsfrist erst mit der Erkennbarkeit des Mangels beginnen kann, da andernfalls z. B. bei einer Saisonkundschaft gegebenenfalls die Verjährungsfrist schon vor dem Beginn der Saison abgelaufen wäre. Eine allgemeine Frist für die Erkennbarkeit läßt sich zwar auch hier nicht setzen, doch ist eine festere allgemeine Begrenzung dieser Frist schon eher möglich als bei der Veräußerung eines Geheimnisses. Der Beginn der Verjährung wird nämlich nicht über die Zeit hinauszuschieben sein, die die Parteien der Rentabilitäts- und damit Kaufpreisberechnung zugrunde gelegt hatten. Im übrigen gelten auch hier die bei der Veräußerung von Geheimnissen gemachten Ausführungen[29]).

3. Die Rechtswirksamkeit des Praxiskaufes.

Ein Sonderfall der Kundschaftsveräußerung ist der Verkauf der Praxis eines Anwalts oder Arztes. Eine solche Veräußerung ist häufig als standes- und sittenwidrig und rechtsunwirksam angesehen worden, und zwar gilt das in gleicher Weise für die Praxis des Arztes wie für die Praxis oder Klientel des Anwalts[30]). Zur Begründung hat man ausgeführt[31]):

27) Schackow, Seite 26; Capelle, Seite 14; Gruch. 51, 901 (903); vgl. auch JW. 1905, 389.
28) Schackow, Seite 26/27.
29) Schackow, Seite 27 ff.; Naue, Seite 24.
30) Vgl. bei Kleckow, Seite 64 und Thies, Seite 23.
31) Friedlaender, Seite 193 (Anm. 84 zu Exkurs II zu § 28 RAO); Vinassa, Seite 160 ff. (mit Übersicht über die ausländische Rechtsprechung); Fromme, Seite 15 ff., 37 ff., Kleckow, Seite 63 ff.; Baum, Seite 3 ff.; Thies, Seite 31 ff. und die dortige weitere Literatur; RGZ. 66, 139 ff., 143 ff. = JW. 1907, 473 ff., 475 ff.; RGZ. 75, 120; 115, 172 (175) =

Der Beruf des Anwaltes und Arztes sei kein Gewerbe, sondern diene in erster Linie allgemeinen, wissenschaftlichen und humanitären Zwecken. Der Gelderwerb komme erst in zweiter Linie in Betracht. Durch eine entgeltliche Veräußerung der Praxis werde jedoch der Beruf zum Gewerbebetriebe erniedrigt, da insbesondere die zur Aufbringung des Kaufpreises übernommenen Verpflichtungen und Lasten den Erwerber und Nachfolger häufig nötigen, in erster Linie auf die Erzielung hoher Einnahmen bedacht zu sein. Im übrigen liege auch eine Täuschung des von den Mandanten entgegengebrachten Vertrauens vor, wenn dieses Vertrauen in Geld umgesetzt oder ihnen gar ein weniger tüchtiger Erwerber als Nachfolger empfohlen würde.

Der Ehrengerichtshof für deutsche Rechtsanwälte vertritt diesen Standpunkt auch heute noch, wenn auch nicht mehr in der strengen Unbedingtheit wie früher[32]). Das Reichsgericht hat insbesondere in der Entscheidung in Band 66, 143 ff. noch Anschauungen vertreten, aus denen man auf eine allgemeine Ablehnung der Rechtswirksamkeit des Praxisverkaufes wegen Sittenwidrigkeit schließen konnte. Seit der Entscheidung in Band 75, 120 hält es jedoch die entgeltliche Veräußerung einer Praxis grundsätzlich für zulässig und sieht nur beim Vorliegen besonderer Umstände, insbesondere bei drückenden Bedingungen (z.B. bei unangemessenem Kaufpreis) einen Verstoß gegen die guten Sitten als gegeben an[33]).

Bei der Beurteilung dieser Fälle ist zunächst davon auszugehen, daß eine Standeswidrigkeit nicht ohne weiteres einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt; denn als Maßstab für eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB dient nicht die Auffassung bestimmter Kreise, Stände oder Berufsgruppen, sondern das allgemeine Volksbewußtsein, das sogenannte „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" [34]). Sodann ist festzustellen, daß der Verkauf einer Praxis, wie schließlich jede Veräußerung, standes- und sittenwidrig sein kann, insbesondere bei einem unangemessen hohen Kaufpreis, bei einer Täuschung des Publikums durch unrichtige Empfehlung eines unfähigen Nachfolgers oder bei unwürdigem Ausbieten der Praxis. Das sind jedoch Einzelfälle, die nicht grundsätzlich durch die Entgeltlichkeit der Übertragung verursacht sind. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß es sich bei den Beziehungen zur Kundschaft (Patienten, Mandanten) um einen durch Arbeit

JW. 1927, 1463; RG. JW. 1933, 2043 (betr. Tierarzt); OLG. 6, 33; EGHE. 2, 5 (8); 2, 100 (102); 8, 154; 15, 249; 16, 44 ff. 17, 207; 19, 139; 21, 188 (189).

32) Vgl. EGHE. 21, 189: „Ein Ausnahmefall, der eine besondere Beurteilung erheischte, liegt nicht vor."

33) RGZ. 75, 120; 115, 172.

34) RGZ. 55, 373.

und Tüchtigkeit erworbenen Vermögenswert handelt. Wenn nun dieser Vermögenswert von dem Nachfolger nicht unentgeltlich erworben, sondern wenn von ihm hierfür ein angemessenes Entgelt bezahlt wird, so dürfte das ebensowenig standes- oder sittenwidrig sein wie die Honorierung der sonstigen Tätigkeit des Anwalts oder Arztes. Das Reichsgericht selbst hat sogar in der Entscheidung, Band 66, 143 ff. (149) ausgeführt:

> „Die Honorierung der Berufstätigkeit des Arztes und Rechtsanwalts tut dem inneren Kern derselben keinen Abbruch, zumal die römische Anschauung, welche z. B. den professores juris civilis einen Honoraranspruch versagte, quia juris civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda (1. 1. § 5 D 50, 13 de extraordinariis cognitionibus), längst dem Axiom gewichen ist, daß auch die höchste geistige Arbeit ohne Abbruch ihrer Würde ihren materiellen Lohn finden darf und soll."

Das Entgelt für die Überlassung einer Praxis stellt auch nicht ohne weiteres eine besondere wirtschaftliche Belastung des Erwerbers dar, da er andernfalls Geld, Zeit und Mühe aufwenden müßte, um sich eine eigene Praxis zu begründen. Ferner liegt bei dem Verkauf einer Praxis auch grundsätzlich keine Täuschung des Publikums vor, da weniger das an sich an die Person gebundene und daher nicht übertragbare Vertrauen als die Gewohnheit des Publikums der übertragbare Wertfaktor ist[35]). Im übrigen sind ja auch die bisherigen Mandanten und Patienten nicht genötigt, sich weiter von dem Nachfolger beraten und behandeln zu lassen; die Übernahme und Weiterbearbeitung der anhängigen Sachen wäre nach § 613 BGB vielmehr nur mit Einwilligung der Mandanten und Patienten zulässig[36]). Wie wenig schließlich z. B. in den Kreisen der Anwälte eine Veräußerung der Praxis für standes- oder gar sittenwidrig gehalten wird, beweisen die vielen diesbezüglichen Anzeigen, die bis in die jüngste Zeit in fast jeder Nummer der Juristischen Wochenschrift, der Zeitschrift der deutschen Anwaltschaft, zu finden sind[37]).

Der neueren Auffassung des Reichsgerichts ist daher beizutreten. Der Praxiskauf ist grundsätzlich für rechtswirksam zu halten. Nur beim Vorliegen besonderer Umstände, wie z. B. bei unangemessener Vergütung oder bei einer Täuschung des Publikums ist

---

35) Vinassa, Seite 186.
36) Vinassa, Seite 161/62.
37) Vgl. zu Vorstehendem Vinassa, Seite 185 ff.; Kleckow, Seite 41 ff., (64 ff.); Schackow, Seite 24 Anm. 1; Raue, Seite 32 ff.; Lange, Seite 23 ff., 48 ff.; Schlie, Seite 50 ff. mit weiterer Literatur; Jung, Bürgerl. Recht, Seite 871; Krückmann, Seite 180; Dernburg, Band II,2, § 6 Anm. 4 (Seite 6); Thies, Seite 59 ff.; Capelle, Seite 19 ff., 26 ff. (39) mit weiterer Literatur; Baum, Seite 9 ff.; Friedlaender, Seite 196.

ein Verstoß gegen die guten Sitten und somit Unwirksamkeit nach § 138 BGB anzunehmen[38]). Diese Auffassung wird zum Teil auch gerechtfertigt durch den Umstand, daß der Stand der freien akademischen Berufe heute mehr denn je am wirtschaftlichen Lebenskampfe beteiligt ist. Auch dieser Umstand ist durchaus nicht etwa entehrend für ihn, sondern kann durchaus dazu beitragen, ihn eher in der sozialen Achtung zu heben, als wenn er allein in wirtschaftlicher Geborgenheit nicht teilhätte an dem wirtschaftlichen Kampfe des Volkes. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß sich die Angehörigen dieses Standes in diesem Kampfe der Grenzen, die ihnen nach wie vor durch ihren Beruf gezogen sind, bewußt bleiben. Die Gefahr der Überschreitung dieser Grenzen, der Herabziehung des Standes zum Gewerbebetriebe und der Ausbreitung eines Krämergeistes ist naturgemäß in wirtschaftlichen Notzeiten besonders groß. Sie wirkt sich besonders durch unwürdige Werbung und besondere Empfehlung bei dem Verkauf der Praxis aus[39]). Hier muß es selbstverständlich mehr denn je Aufgabe der zuständigen Ehrengerichte sein, dieser Gefahr durch strenge, wenn auch zeitgemäße Wahrung der Standesgrenzen und durch rücksichtslose Ahndung ihrer Übertretung zu begegnen.

XII. Das Unternehmen.

Neben der Kundschaft und den bisher behandelten Werten gibt es noch eine Reihe anderer Geschäftswerte, die weder Sachen noch Rechte sind. Zu den wichtigsten zählen die Beziehungen zu Lieferanten und Kreditgebern, die Beziehungen und Vorteile aus einem auf den Betrieb eingearbeiteten Personalstab sowie der Wert, der in einer guten Organisation des Betriebes liegt. Durch gute Beziehungen zum Lieferanten wird eine gute und regelmäßige Belieferung, eine Einschränkung des Geschäftsrisikos, guter Absatz, zufriedene Kundschaft und damit wieder, in Verbindung mit Beziehungen zu den Kreditgebern, eine Erhöhung der Kreditfähigkeit, ein insbesondere in Krisenzeiten für ein Unternehmen entscheidender Umstand, gesichert. Der Vorteil aus einem guten Personalstab geht über den Wert der geleisteten Arbeiten hinaus; denn der mit einem Unternehmen vertraute und eingearbeitete Arbeiter wird produktiver arbeiten als der neu eingestellte. Andererseits bedeutet für den Unternehmer die Kenntnis der besonderen Fähigkeiten seiner Arbeiter, daß jeder an den Platz gestellt wird, wo er am vorteilhaftesten wirken kann. Der Organisationswert schließlich ist letzthin ein Produkt geistiger Arbeit und oft unter Opfern und Verlusten für das Unternehmen erworben. Die Organisation stellt sich gewisser-

38) Vgl. Literatur zu Anm. 37.
39) Vgl. Vinassa, Seite 185.

maßen als das geistige Band dar, das die einzelnen Teile eines Unternehmens miteinander verbindet und ihr möglichst reibungsloses Zusammenarbeiten und damit die rentabelste Betriebsführung sichert[1]).

War bei der sachlichen Kundschaft, da sie nicht unbedingt an das gesamte Geschäft, sondern auch bloß an einzelne Eigenschaften oder äußere Erscheinungen des Geschäftes, wie z. B. seine günstige Lage anknüpfte, eine selbständige Übertragung noch möglich, wenn auch nicht üblich, so erscheint bei den bezeichneten Geschäftswerten eine selbständige, von dem Geschäft oder Unternehmen getrennte Übertragung ihrem Wesen nach ausgeschlossen[2]). Soweit es sich bei den Beziehungen zu Lieferanten und Kreditgebern nicht bloß um ein geheimes Wissen, also um einen bereits behandelten Geheimniswert handelt[3]), ist das Bestehen solcher Beiehungen an die Persönlichkeit des Unternehmers und die Zuverlässigkeit, Art und Größe des Unternehmens geknüpft. Der Wert eines eingearbeiteten Personals beruht auf der im Laufe der Zeit erfolgten Gewöhnung und Einarbeitung gerade in dieses Unternehmen sowie in der Kenntnis des Personals durch den Unternehmer oder die Abteilungsleiter. Am stärksten mit dem Unternehmen ist schließlich der Organisationswert verbunden; denn da jedes Unternehmen anders aufgebaut ist, muß auch die Organisation im einzelnen verschieden sein. Soweit jedoch hierbei etwa teilweise allgemeingültige Werte vorliegen sollten, würde es sich um Geisteswerte, Kenntnisse, Geheimnisse (s. o.) handeln.

Die Veräußerung dieser Geschäftswerte kann daher auch nur im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Unternehmens geprüft werden. Hierbei soll ohne nähere Untersuchung der streitigen Frage nach dem Begriff des Unternehmens[4]) hierunter eine wirtschaftliche organische Einheit, nämlich der Inbegriff alles dessen verstanden werden, was zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehört[5]), also ein Inbegriff von Sachen, Rechten und anderen Werten, die teils schon behandelt, teils oben erwähnt worden sind.

Die Veräußerungsfähigkeit eines Unternehmens und die entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften auf eine solche Veräußerung würde sich somit im wesentlichen aus den bereits erörterten Grundsätzen bei der Veräußerung eines Inbegriffs ergeben, und

---

1) Vgl. zu Vorstehendem: Hueck, Seite 19—34; Hopmann, in JW. 1914, 341; Müller-Erzbach, ZHR. 61, 357 ff.; Schlie, Seite 17—24; Capelle, Seite 18.

2) Hueck, Seite 77 ff.; Schlie, Seite 62 ff.

3) Es kann auch unter Umständen Rechts- oder Hoffnungskauf vorliegen (vgl. Recht 1918 Nr. 573 [Seite 281]).

4) vgl. hierüber Übersicht bei Passow, Seite 81—88.

5) Hueck, Seite 15 ff. mit Literatur; Domke, Seite 13 ff.; RGZ. 67, 383, 385; 68, 49 (51).

zwar speziell des Kaufs in Bausch und Bogen, da eine Einzelbewertung des Kaufpreises wohl ausscheiden dürfte. Es besteht nur der Unterschied, daß es sich bei dem Unternehmen um einen Inbegriff nicht bloß von Sachen und Rechten, sondern auch von anderen Werten handelt.

Auch im Gesetz selbst ist verschiedentlich von der Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes die Rede, vgl. §§ 1822 Nr. 3 BGB, 22 ff HGB, 134 Nr. 1 KO.

Der Umfang der Veräußerung im einzelnen ergibt sich aus der Definition und der organischen Natur eines Unternehmens; die Veräußerung erstreckt sich also auf alle dazugehörigen Bestandteile und Zubehörstücke[6]). (vgl. § 134 BGB).

Bei der entsprechenden Anwendung der Kaufvorschriften im einzelnen ist zunächst zu berücksichtigen, daß es kein einheitliches dingliches Recht am Unternehmen als Inbegriff und somit auch keinen einheitlichen Übertragungsakt, sondern nur Einzelübertragung der verschiedenen Werte gibt[7]). Die Verkäuferpflichten würden also in Übergabe von Sachen, Abtretung von Rechten, Mitteilung von Geschäftsgeheimnissen, Konkurrenzenthaltung usw. bestehen, wie es oben bei den einzelnen Werten erörtert worden ist. Hinsichtlich der noch nicht behandelten oben erwähnten unselbständigen Unternehmenswerte würde die Übergabepflicht darin bestehen, daß der Veräußerer dem Erwerber — ähnlich wie bei der Kundschaft — die Lieferanten und Kreditgeber mitteilt und diesen den Erwerber als Nachfolger empfiehlt, daß er ferner den Erwerber mit dem Personal bekannt macht[8]) und ihn in die Betriebsweise und Organisation einweiht. Neben diesen positiven Pflichten wäre der Veräußerer ferner noch verpflichtet, alles „zu unterlassen, was den Betrieb des Unternehmens und dessen Ausnutzung durch den Erwerber hindern oder vereiteln könnte" (RGZ 37,178); so hätte er z. B. etwa neu an ihn eingehende Geschäftsbriefe oder Aufträge an den Erwerber abzugeben[9]).

Entsprechend § 433 Abs. 2 hat der Erwerber außer der Zahlungspflicht auch noch die Pflicht, das Geschäft zu übernehmen und, falls der Kaufpreis ganz oder teilweise in einer Gewinnbeteiligung besteht, auch weiter zu führen[10]).

Der Übergang der Gefahr (§ 446) wird im Zweifel auf den Zeitpunkt abzustellen sein, seitdem das Unternehmen für Rechnung des Erwerbers fortgeführt wird.

6) Wieland, Band I, Seite 263 mit weiterer Literatur; a. M. Schackow, S. 36 (nur der Geschäftsbetrieb).
7) RGZ. 70, 226 ff. (231); Schackow, Seite 37 mit Literaturangaben.
8) Hierin würde zugleich die Zustimmung zur Übertragung des Anspruches auf die Dienste gemäß § 613 liegen.
9) Vgl. zu Vorstehendem: Enneccerus-Lehmann, § 101, II,5; Hueck, Seite 83 ff.; Schackow, Seite 38; RGZ. 117, 176 (180); LZ. 1917 Sp. 799.
10) Über die Rechtsfolgen des Übernahmeverzuges vgl. Hopmann in JW. 1914, 341 ff.

Hinsichtlich der entsprechenden Anwendung der Gewährleistungsgrundsätze (§§ 459 ff)[11]) ist auch hier, wie beim Kauf in Bausch und Bogen, zu berücksichtigen, daß nur Mängel und Fehler des ganzen Unternehmens, nicht bloß einzelner Teile in Betracht kommen[12]). Wieweit allerdings Teilmängel sich als Mängel des ganzen Inbegriffs darstellen, ist auch hier Tatfrage. Beispiele aus der Rechtsprechung für Sachmängel-Gewährleistung bei der Veräußerung eines Unternehmens wären etwa[13]):

RGZ. 63, 57	(Zusicherung über früheren Reinertrag,
RGZ. 67, 86	(Veräußerung eines Pensionats, das sich später als Absteigequartier herausstellte),
RGZ. 69,429	(Untersagungsrecht eines Dritten auf Grund eines Patents),
RGZ. 98,289	(Quantitätsmangel des Warenlagers und Inventars als Qualitätsmangel des Unternehmens),
RGZ. 138,354	(Nicht-Benutzbarkeit des Grundstücks, an das das Unternehmen geknüpft war).

Grundsätzlich wird auch der § 477 auf den Unternehmenskauf entsprechend anzuwenden sein, um möglichst bald endgültige klare Verhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer zu schaffen. Nur in den Fällen, wo es sich um einen erst mit der Zeit erkennbaren erheblichen Mangel des Unternehmens handelt, also insbesondere bei den Werten der Kundschaft und von Geheimnissen, falls sie die Wertschätzung des Unternehmens erheblich beeinflussen, wird eine Hinausschiebung des Beginns der Verjährung bis zum Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels anzunehmen sein[14]).

D. Zusammenfassung.

Das Unternehmen stellt für unsere Untersuchung zugleich eine organische Zusammenfassung aller veräußerungsfähigen Werte dar.

Abschließend wäre festzustellen, daß es abgesehen vom Unternehmen als Sonderfall des Inbegriffs an selbständigen veräußerungsfähigen Werten gibt: Unwesentliche Bestandteile, In-

11) bestritten von Bechstein, Seite 21 ff.
12) Schackow, Seite 38 ff.; RGZ. 138, 354 (358/59) = JW. 1933, 905 ff.; unrichtig: Bechstein, Seite 39 ff.
13) Vgl. auch Wiesmann, Seite 21 ff., 32 ff.
14) Schackow, Seite 39 ff.; vgl. auch Wiesmann, Seite 24/25 mit weiterer Literatur; Düringer in LZ. 1907, Sp. 131; a. M. wohl RGZ. 138, 354 (doch S. 358: „Der vorliegende Fall zeigt keine Tatumstände, welche die entsprechende Anwendung des § 477 ausschließen.") = JW. 1933, 905 ff.

begriffe, Aussichten, Befreiung von Lasten, Energien, Besitz, Freiheitsbefugnisse, nicht patentfähige Geheimnisse und die Kundschaft. Die praktische Bedeutung derartiger Veräußerungsverträge erscheint im allgemeinen gering, weil teilweise gesetzliche oder vereinbarte Sonderregelungen eingreifen, wie bei Inbegriffen, patentfähigen Geheimnissen einerseits, Energieen und der meist nur mit dem Unternehmen veräußerten Kundschaft andererseits, oder aber weil durch die Natur des Veräußerungsgegenstandes eine verhältnismäßig geringe wirtschaftliche Bedeutung vorliegt wie bei unwesentlichen Bestandteilen, Aussichten, Besitz und Befreiung von Lasten. Die entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften wird daher verhältnismäßig selten und im wesentlichen nur zur Auslegung oder Ergänzung unvollständiger vertraglicher Sonderregelungen praktisch werden. Der in den Protokollen niedergelegte gesetzgeberische Standpunkt, neben der Regelung des Sach- und Rechtskaufs keine weiteren Sondervorschriften für die Veräußerung anderer Werte aufzustellen, ist daher gerechtfertigt. Nicht bedenkenfrei ist jedoch die Auffassung, daß der Umfang der Verkäuferpflichten „sich aus dem Inhalt des Vertrages unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und allenfalls der Verkehrssitte von selbst ergebe"; denn der Umfang und die Grenzen der entsprechenden Anwendbarkeit der Kaufvorschriften können im einzelnen, wie die Untersuchung ergeben hat, durchaus zweifelhaft und streitig sein.

Lebenslauf

Am 5. September 1906 wurde ich als Sohn des jetzigen Ministerialamtmannes Arthur Altmann und seiner Ehefrau Elise, geb. Barrein in Berlin geboren. Nach zwölfjährigem Besuch des Realgymnasiums in Berlin-Pankow legte ich dort am 22. September 1924 die Reifeprüfung ab. Ich studierte danach 5 Semester in Berlin und 3 Semester in Marburg Rechtswissenschaften. Am 19. Dezember 1928 bestand ich am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Prüfung. Nach dreijährigem Vorbereitungsdienst in Berlin und am Landgericht in Görlitz bestand ich am 28. November 1932 die große Staatsprüfung. In der Folgezeit war ich am Landgericht III in Berlin und an den Amtsgerichten in Rathenow und Storkow (Mark) als Hilfsrichter tätig. Seit dem 5. März 1934 bin ich bei dem Amts- und Landgericht in Liegnitz als Rechtsanwalt zugelassen und am 4. April 1934 in die dortigen Anwaltslisten eingetragen worden.

Ich bin evangelischer Religion und deutscher Staatsangehörigkeit.